

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/8/4

ORIGINAL : anglais

DATE : 8 avril 2005

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

F

COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU FOLKLORE

Huitième session
Genève, 6 – 10 juin 2005

LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES
OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE :

OBJECTIFS ET PRINCIPES REVISES

Document établi par le Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

- I. RÉSUMÉ
- II. RAPPEL
- III. PROCESSUS DE COMMENTAIRE ET D'ANALYSE
- IV. INTRODUCTION AU PROJET DE DISPOSITIONS RÉVISÉES
- V. POURSUITE DES CONSULTATIONS

ANNEXE :

LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES OU
EXPRESSIONS DU FOLKLORE : OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE ET
PRINCIPES FONDAMENTAUX

- I. Objectifs de politique générale et commentaire*
- II. Principes directeurs et commentaire*
- III. Dispositions de fond et commentaire*

I. RÉSUMÉ

1. Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (ci-après dénommé "comité") examine actuellement des projets de dispositions incorporant des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. L'annexe du présent document contient une version révisée du projet de dispositions aux fins de la poursuite de son examen par le comité. Ce projet a été révisé compte tenu du processus de commentaire et d'analyse établi par le comité à sa septième session.

2. Ce projet de dispositions vise à rendre compte de l'essence des travaux menés par le comité depuis 2001 sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des larges consultations organisées par l'OMPI avant la création du comité, ainsi que des consultations passées et des activités relatives à l'établissement de normes, qui remontent à une quarantaine d'années. Les dispositions proposées sont fondées sur les déclarations, les observations et les propositions des membres du comité, ainsi que sur les solutions en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore retenues aux niveaux national et régional qui ont été décrites et examinées au cours des sessions du comité. Le projet est essentiellement inspiré des observations et suggestions de formulation qui ont été faites à la septième session du comité et au cours du processus de commentaire et d'analyse qui a suivi.

3. Les dispositions proposées contiennent des règles de fond susceptibles de constituer une norme internationale concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore contre leur appropriation illicite et leur utilisation abusive sans imposer l'affirmation de nouveaux droits patrimoniaux exclusifs sur ces expressions, mais tout en ménageant cette possibilité si les détenteurs desdites expressions le souhaitent. Ces dispositions sont axées sur la protection contre l'appropriation illicite et l'utilisation abusive des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en complément des instruments et processus internationaux portant sur la préservation, la sauvegarde et la promotion de ces expressions.

4. Les dispositions de fond sont rédigées sous une forme neutre afin de ne pas préjuger de la décision du comité concernant la forme et le statut du texte, y compris un instrument international, qui pourrait à l'avenir les incorporer ou leur donner effet. Elles visent à affirmer au niveau international des principes communs susceptibles de guider ou de déterminer la protection juridique prenant effet dans le cadre des législations nationales ou régionales. L'incidence directe de ces dispositions dépendra des mécanismes retenus pour assurer le lien entre ces dispositions internationales et les systèmes juridiques nationaux. Le document WIPO/GRTKF/IC/8/6 donne des renseignements techniques sur les liens possibles entre les dimensions internationale, régionale et nationale afin d'éclairer le comité dans l'examen de cette question essentielle. Ces dispositions complètent le projet de dispositions relatives à la protection des savoirs traditionnels au sens strict (document WIPO/GRTKF/IC/8/5), qui font l'objet d'un processus distinct.

5. Le comité est invité à examiner et à commenter le projet de dispositions et à proposer des suggestions de formulation, à orienter la poursuite de l'élaboration de ces dispositions, à favoriser la consultation avec les parties prenantes telles que les communautés autochtones et locales et à examiner les moyens de renforcer le rôle direct du comité dans la rédaction des versions futures de ces dispositions.

II. RAPPEL

6. À sa sixième session, le comité a examiné les options juridiques et de politique générale concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore¹ et a décidé d'élaborer une synthèse des objectifs et des principes fondamentaux concernant la protection de ces expressions. Un premier projet de synthèse a été établi et examiné par le comité à sa septième session (annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/7/3). Le comité a également examiné un résumé des options et mécanismes juridiques en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (document WIPO/GRTKF/IC/7/4). Ces projets rendaient compte des résultats des consultations avec les parties prenantes tenues auparavant pendant plusieurs décennies dans le cadre des travaux de l'OMPI sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, de sept années de discussions au sein du comité et dans d'autres instances et des consultations, débats de politique générale et données d'expérience passés et en cours. À sa septième session, le comité

- a pris note des commentaires détaillés et des suggestions de formulation concernant le projet d'objectifs et de principes fondamentaux;
- a sollicité de nouvelles observations et de nouvelles suggestions de formulation sur le projet d'objectifs et de principes fondamentaux, pour le 25 février 2005; et
- a prié le Secrétariat d'établir, en tenant compte du précédent projet et de toutes les contributions et observations ultérieures des participants aux sessions du comité, un nouveau projet pour examen à sa huitième session.

III. PROCESSUS DE COMMENTAIRE ET D'ANALYSE

7. Conformément à cette décision, tous les participants aux sessions du comité ont été invités à soumettre dans le délai indiqué de nouvelles observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/7/3. Une page Web a été créée² afin de mettre à la disposition du public tous les commentaires reçus. Au total, 25 commentaires ont été reçus par écrit³, certains au nom de plusieurs États, communautés ou organisations, et publiés sur le site Web. Une synthèse des commentaires reçus sera distribuée sous la cote WIPO/GRTKF/IC/8/INF/4.

8. Outre le processus de soumission de commentaires par écrit, le projet de dispositions a fait l'objet de consultations et a été distribué pour observations dans le cadre d'un large éventail de réunions, conférences, séminaires et ateliers relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. On trouvera ci-dessous plusieurs exemples de ces processus consultatifs.

IV. INTRODUCTION AU PROJET DE DISPOSITIONS RÉVISÉES

9. On trouvera dans l'annexe du présent document le projet de dispositions révisées. Ce projet a été établi compte tenu des interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité et des commentaires écrits sur le document WIPO/GRTKF/IC/7/3 reçus au cours du processus de commentaire et d'analyse. Ces commentaires étaient détaillés, ciblés et représentatifs d'un large éventail de participants aux sessions du comité. Ils ont été incorporés dans le texte révisé dans toute la mesure possible. D'autres contributions et

¹ Document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

² Voir <http://www.wipo.int/tk/en/comments/draft_provisions.html>

³ Tous les commentaires reçus portent sur les documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/5.

suggestions faites lors de réunions, conférences et consultations auxquelles le Secrétariat de l'OMPI a participé depuis la rédaction des premiers projets de documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/4 ont aussi été prises en considération⁴. Ces différentes observations, contributions et suggestions ont guidé les modifications apportées à la structure, au libellé et au fond des objectifs et principes.

10. Les propositions révisées figurant dans l'annexe restent toutefois des suggestions destinées à être discutées et commentées et seront améliorées et enrichies de nouvelles observations et contributions, notamment des suggestions de formulation spécifiques. Le paragraphe de décision ci-après contient certaines suggestions à cet égard.

11. Il convient de rappeler également que les principes et objectifs exposés dans le présent document sont une synthèse d'expériences internationales, régionales et nationales, de missions d'enquête et de consultations, de délibérations du comité, de groupes d'experts, d'ateliers, d'analyses juridiques et d'études de cas entrepris et organisés sur plusieurs décennies depuis les années 60. Ces activités passées sont décrites en détail dans des documents antérieurs du comité⁵.

12. L'annexe du présent document présente les propositions révisées selon trois sections : a) Objectifs; b) Principes directeurs généraux; et c) Dispositions de fond. Ces dispositions sont accompagnées d'un commentaire succinct. On trouvera également des notes explicatives qui donnent des informations générales sur les différentes dispositions ainsi que la mention succincte des interventions qui ont eu lieu lors de précédentes sessions du comité et des commentaires reçus sur les dispositions. Pour de plus amples informations, on se reportera aux rapports sur les précédentes sessions ainsi qu'à la version intégrale des commentaires. Il convient également de continuer de se reporter aux documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/4 pour des informations et explications plus détaillées.

Statut juridique du projet de dispositions

13. Les dispositions révisées figurant en annexe ne préjugent pas de la nature juridique de l'instrument dans lequel elles pourraient s'intégrer ou s'exprimer. Elles couvrent des éléments de fond qui pourraient faire partie intégrante de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (le "contenu juridique" de la protection)

⁴ Par exemple : le Séminaire OMPI pour l'Asie et le Pacifique sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, tenu à Daejeon (République de Corée) du 11 au 13 octobre 2004; le Forum consultatif national sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore tenu en Indonésie les 30 novembre et 1^{er} décembre 2004; la Table ronde de Call of the Earth sur les savoirs traditionnels et le régime international tenue à Bangkok en février 2005; la Réunion d'experts de l'OAPI tenue à Dakar (Sénégal) du 7 au 11 février 2005; la deuxième réunion du Comité intergouvernemental de l'UNESCO sur une convention relative à la protection de la diversité du contenu culturel et des expressions artistiques tenue à Paris (France) du 31 janvier au 12 février 2005; la session de l'Académie de l'OMPI à l'intention des diplomates tenue le 10 mars 2005; la Réunion d'experts de l'UNESCO sur la réalisation d'un inventaire du patrimoine culturel tenue à Paris les 17 et 18 mars 2005; et l'atelier intitulé "Renforcement de l'économie de la création : établissement d'un centre international des industries de la création", tenu à Salvador de Bahia (Brésil), du 18 au 20 avril 2005. Dans les semaines qui viennent, les principes et objectifs seront également transmis et examinés aux réunions suivantes : V^e Congrès des peuples autochtones du Nord, de Sibérie et d'Extrême-Orient organisé par l'Association russe des peuples autochtones du Nord (RAIPON) à Moscou du 11 au 13 avril 2005 et Réunion d'experts de l'ARIPO prévue à Harare (Zimbabwe) du 19 au 22 avril 2005.

⁵ Voir par exemple la liste des documents et publications à la fin du document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

d'une façon qui n'exclut aucune décision future des États membres en ce qui concerne la forme et le statut juridique qu'elles pourraient prendre au niveau international, tout en facilitant la prise des décisions correspondantes. Les dispositions matérielles relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pourraient fournir le contenu juridique d'un certain nombre d'instruments internationaux, tels qu'une convention ou un traité international, un protocole ou un arrangement particulier relatif à une convention existante (ainsi qu'il est envisagé à l'article 20 de la Convention de Berne de 1971 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques), un texte ou une déclaration, une recommandation, une série de lignes directrices ou de dispositions types, ou une interprétation des conventions existantes qui ferait autorité. Il appartient au comité de se prononcer sur la forme ou les formes que pourrait prendre un tel instrument. Le document WIPO/GRTKF/IC/8/6 expose ces options de manière plus détaillée.

14. En attendant, l'annexe contient des suggestions quant au contenu que pourrait revêtir telle ou telle forme d'instrument. On peut également noter que les différentes possibilités concernant la forme juridique de cet instrument ne s'excluent pas mutuellement : l'expérience montre que plusieurs conventions internationales étaient au départ des instruments non contraignants. Une démarche progressive est donc possible. De la même manière, l'annexe peut fournir le contenu juridique d'instruments régionaux ou nationaux, tels que lois, règlements, décrets ou politiques.

Nature de la protection

15. Le projet de dispositions porte principalement sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore au sens juridique, c'est-à-dire la protection contre les types d'utilisation et d'appropriation illicites généralement visés par la protection de la propriété intellectuelle, tout en tenant compte de la nature spécifique et des caractéristiques de la créativité traditionnelle et de l'expression culturelle, ainsi que de sa dimension collective, et des nombreuses voix qui se sont élevées contre la création de droits patrimoniaux distincts. Telle a été la démarche du comité, conformément au mandat de l'OMPI, dès le début de ses travaux⁶. En ce sens la "protection", comme il a été indiqué précédemment, se distingue de la "sauvegarde" ou de la "préservation" des expressions et du patrimoine culturels⁷ et vient compléter celle-ci dans l'environnement politique et juridique plus large. Cette conception est compatible avec la "protection ... contre l'exploitation illicite et autres actions dommageables" qui a fait l'objet de précédentes activités d'établissement de normes conduites par l'OMPI et l'UNESCO⁸.

16. Cela étant, plusieurs participants aux sessions du comité ont exprimé des préoccupations diverses quant à l'utilisation du terme "protection", qui, selon un État membre, semble fortement privilégier une orientation de politique générale et suscite des préoccupations quant à l'exclusion des importantes notions de "préservation" et de

⁶ Voir par exemple le questionnaire de juin 2001 relatif à l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore, qui porte sur "une protection juridique spécifique de l'ordre de la propriété intellectuelle ...".

⁷ Voir notamment les documents WIPO/GRTKF/IC/2/7, WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/3.

⁸ Dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables de 1982 (dispositions types de 1982).

“conservation” de la définition de la protection et quant à l’absence de mention de la notion de “promotion”⁹. Par ailleurs, certains participants aux sessions du comité, notamment parmi les peuples autochtones, ont fait observer que la conception de la protection retenue dans les travaux du comité était trop étroite et limitée¹⁰.

17. Ces commentaires soulèvent des questions fondamentales quant à l’orientation des travaux du comité et appellent sans doute un complément de réflexion et d’examen de sa part¹¹. Compte tenu de ces commentaires et d’autres, le comité pourrait approfondir l’examen des formes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore si les participants le souhaitent. Jusqu’ici, les travaux et les documents d’information du comité ont porté pour l’essentiel sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (protection généralement considérée comme inspirée par la propriété intellectuelle dans la mesure où elle prévoit des voies de recours contre l’utilisation non autorisée et l’appropriation illicite par des tiers du produit de l’activité intellectuelle). Cette forme de protection n’est qu’un *élément* de la protection, de la promotion et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans une perspective plus large, générale et holistique¹². De l’avis d’un État membre, le projet de dispositions couvre uniquement la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à l’interface avec la propriété intellectuelle, et non la protection de ces expressions en général¹³, ce qui est la principale orientation des travaux du comité. Les travaux du comité sont et doivent donc être complémentaires par rapport aux instruments juridiques adoptés dans d’autres domaines de politique générale et tenir compte des travaux des autres processus intergouvernementaux et non gouvernementaux pertinents.

18. Le comité a également indiqué que ses travaux ne doivent pas empiéter sur les mandats ou les activités d’autres instances ou organisations sans rapport avec la propriété intellectuelle. Seule cette complémentarité par rapport aux instruments existant dans d’autres domaines de politique générale peut assurer une protection, une préservation et une promotion des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore véritablement exhaustives. Ainsi, les dispositions de fond proposées dans l’annexe visent expressément à compléter et à accompagner les lois et mesures de préservation et de sauvegarde du patrimoine culturel, et des suggestions concrètes à cet égard sont faites tout au long des dispositions et des commentaires. L’un des principes directeurs généraux suggérés dans l’annexe est le principe de respect des arrangements et instruments internationaux et de mise en conformité avec lesdits arrangements et instruments.

19. Enfin, le projet de dispositions emprunte largement aux principes, doctrines et mécanismes juridiques existants, qu’ils soient ou non relatifs à la propriété intellectuelle. Il tient compte du fait que certaines expressions culturelles traditionnelles et leurs dérivés sont déjà protégés par les lois de propriété intellectuelle existantes et traite en particulier de la protection d’objets qui ne sont pas protégés à l’heure actuelle. Les principes proposés, tout en élargissant la protection à des éléments qui ne sont pas actuellement protégés par la propriété

⁹ Commentaires des États-Unis d’Amérique.

¹⁰ Voir par exemple les interventions de M. Solomon (paragraphe 70 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.) et du Conseil Same (paragraphe 95 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

¹¹ Voir également les informations générales données dans le document WIPO/GRTKF/IC/8/6.

¹² Voir par exemple les interventions de M. Solomon (paragraphe 70 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.) et du Conseil Same (paragraphe 95 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

¹³ Intervention de la Nouvelle-Zélande, paragraphe 70 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.

intellectuelle, sont solidement ancrés dans le droit, les politiques et la pratique relatifs à la propriété intellectuelle et visent à établir les équilibres nécessaires d'une manière équitable et complémentaire par rapport aux stratégies existantes, qu'elles soient ou non relatives à la propriété intellectuelle.

V. POURSUITE DES CONSULTATIONS

20. Plusieurs pays, communautés et organisations ont entrepris de vastes consultations sur le projet de dispositions, notamment dans le cadre d'ateliers spécifiques et d'autres formes de consultation communautaire¹⁴. Dans l'un de ces processus de consultation, les détenteurs de savoirs traditionnels et les autres parties prenantes ont considéré que le délai pour la présentation de commentaires sur ces travaux importants était court mais se sont montrés résolus à commenter les versions futures des objectifs et principes de politique générale¹⁵. Par conséquent, le comité voudra peut-être poursuivre le processus actuel d'élaboration de ces dispositions en prolongeant le délai de présentation des commentaires pour toutes les parties prenantes, en particulier les communautés autochtones et locales. Des membres du comité ont également suggéré que ces vastes consultations soient accompagnées et facilitées par le Secrétariat moyennant une large diffusion du projet de dispositions afin d'ouvrir au maximum la participation à ces consultations et de susciter des contributions de toutes les parties prenantes et de tous les experts concernés, notamment les communautés autochtones et locales. Comme suite à la demande formulée par le comité à sa septième session, le Secrétariat s'est efforcé d'établir le projet révisé en tenant compte de toutes les observations et contributions reçues. Cela étant, les membres du comité voudront peut-être renforcer leur participation directe à l'élaboration des futurs projets de dispositions. Le comité est par conséquent invité à envisager les moyens permettant de renforcer la participation des représentants et des experts à la poursuite du processus de rédaction.

21. Le comité est invité à

- i) examiner le projet de dispositions contenu dans l'annexe et à faire part de ses observations à cet égard;*
- ii) préconiser une plus large diffusion du projet de dispositions afin d'élargir la consultation des parties prenantes et des experts, en particulier au sein des peuples autochtones et des communautés locales;*
- iii) encourager les participants aux sessions du comité à poursuivre et à élargir les consultations sur le projet de dispositions aux niveaux communautaire, national et régional;*
- iv) solliciter de nouveaux commentaires par écrit sur le projet de dispositions, y compris des suggestions de formulation spécifiques, pour le 28 octobre 2005;*

¹⁴ Par exemple, l'ARIPO, l'OAPI, le Canada, l'Indonésie, la Nouvelle-Zélande (voir http://www.med.govt.nz/buslt/int_prop/traditional-knowledge/wipo-principles/have-your-say/have-your-say-04.html) et bien d'autres.

¹⁵ Commentaire de la Nouvelle-Zélande.

- v) *prier le Secrétariat d'élaborer, sur la base de l'annexe et de toutes les contributions et observations ultérieures, un nouveau projet de dispositions destiné à étayer les travaux de fond du comité sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à sa prochaine session, et d'établir une synthèse des commentaires écrits émanant des participants aux sessions du comité; et*
- vi) *examiner les possibilités de renforcer la participation directe du comité (et éventuellement d'organes subsidiaires) à l'établissement des futurs projets de dispositions.*

[L'annexe suit]

ANNEXE

DISPOSITIONS REVISEES RELATIVES A
LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES
OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE

OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

TABLE DES MATIÈRES

I. OBJECTIFS

- i) Reconnaître la valeur des cultures traditionnelles et du folklore
- ii) Assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore
- iii) Répondre aux besoins réels des communautés
- iv) Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore
- v) Donner des moyens d'action aux communautés
- vi) Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire
- vii) Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles
- viii) Encourager l'innovation et la créativité communautaires
- ix) Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables
- x) Contribuer à la diversité culturelle
- xi) Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes
- xii) Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation
- xiii) Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle

II. PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX

- a) Prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées
- b) Équilibre
- c) Respect des arrangements et instruments internationaux et régionaux et mise en conformité avec ces arrangements et instruments
- d) Souplesse et exhaustivité
- e) Reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle
- f) Complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels
- g) Respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard
- h) Respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore
- i) Efficacité et accessibilité des mesures de protection

III. PRINCIPES DE FOND

1. Objet de la protection
2. Bénéficiaires
3. Actes d'appropriation illicite (étendue de la protection)
4. Gestion des droits
5. Exceptions et limitations
6. Durée de la protection
7. Formalités
8. Sanctions, recours et exercice des droits
9. Mesures transitoires
10. Lien avec la protection de la propriété intellectuelle et d'autres formes de protection, de préservation et de promotion
11. Protection internationale et régionale

I. OBJECTIFS

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore¹⁶, devrait viser les objectifs suivants :

Reconnaître la valeur des cultures traditionnelles et du folklore

i) reconnaître que les peuples autochtones et les autres communautés traditionnelles ou culturelles considèrent que leur patrimoine culturel a une valeur intrinsèque, notamment sur les plans social, culturel, spirituel, économique, scientifique, intellectuel, commercial et éducatif, et que les cultures traditionnelles et le folklore constituent des cadres d'innovation et de créativité qui profitent aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles, ainsi qu'à l'humanité tout entière;

Assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore

ii) assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore, ainsi que de la dignité, de l'intégrité culturelle et des valeurs intellectuelles, philosophiques et spirituelles des peuples et des communautés qui préservent et perpétuent les expressions de ces cultures et de ce folklore;

Répondre aux besoins réels des communautés

iii) s'orienter en fonction des aspirations et des attentes exprimées directement par les peuples autochtones et par les autres communautés traditionnelles ou culturelles, respecter les droits qui leur sont reconnus par le droit national et international et contribuer au bien-être et au développement économique, culturel, environnemental et social durable de ces peuples et communautés;

Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

iv) donner aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles des moyens juridiques et pratiques, y compris des mesures efficaces d'application des droits, pour empêcher l'appropriation illicite de leurs expressions culturelles et des dérivés de celles-ci, contrôler l'utilisation qui en faite en dehors du contexte coutumier et traditionnel et promouvoir le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation;

Donner des moyens d'action aux communautés

v) d'une façon à la fois équilibrée et équitable, donner aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles les moyens concrets d'exercer leurs droits et leur pouvoir de décision sur leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;

Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire

vi) respecter le processus constant d'usage, de développement, d'échange et de transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par ces communautés, en leur sein et entre elles;

¹⁶ Dans les présentes dispositions, les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont utilisés comme des synonymes interchangeables. L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les participants aux sessions du comité quant à la validité ou à l'opportunité de ces termes ou d'autres termes; par ailleurs, elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles

vii) *contribuer à la préservation et à la sauvegarde de l'environnement dans lequel les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont créées et perpétuées, dans l'intérêt immédiat des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles, ainsi que pour le bien de l'humanité en général;*

Encourager l'innovation et la créativité communautaires

viii) *récompenser et protéger spécialement la créativité et l'innovation des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles;*

Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables

ix) *promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables pour les peuples autochtones et les autres communautés traditionnelles ou culturelles;*

Contribuer à la diversité culturelle

x) *contribuer à la promotion et à la protection de la diversité des expressions culturelles;*

Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes

xi) *lorsque les communautés et leurs membres le souhaitent, encourager l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins du développement communautaire, en reconnaissant qu'elles constituent un bien des communautés qui s'identifient à elles, par exemple en favorisant le développement et l'expansion des possibilités de commercialisation des créations et des innovations fondées sur la tradition;*

Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation

xii) *empêcher l'octroi, l'exercice et l'application de droits de propriété intellectuelle acquis par des parties non autorisées sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leurs dérivés;*

Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle

xiii) *renforcer la sécurité et la transparence, ainsi que la compréhension et le respect mutuels, dans les relations entre les peuples autochtones et les autres communautés traditionnelles ou culturelles, d'une part, et les milieux universitaires, commerciaux, éducatifs et autres qui utilisent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'autre part.*

[Le commentaire sur les objectifs suit]

COMMENTAIRE

OBJECTIFS

Généralités

La présente section contient des objectifs de politique générale suggérés pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont inspirés des communications et déclarations faites à l'intention du comité et des textes juridiques pertinents. Ces objectifs pourraient notamment faire partie du préambule d'une loi ou d'un autre instrument.

Comme le comité l'a fait observer à plusieurs reprises, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas être considérée comme une fin en soi, mais comme un outil permettant de réaliser les objectifs et les aspirations des peuples et des communautés intéressés et de promouvoir des objectifs de politique générale aux niveaux national, régional et international. La façon dont un système de protection est constitué et défini dépendra dans une large mesure des objectifs qu'il s'efforce d'atteindre. Par conséquent, avant d'élaborer un régime juridique ou une méthode de protection, il est indispensable de commencer par déterminer les objectifs de politique générale en la matière.

Révisions par rapport au précédent projet figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3

Plusieurs modifications ont été apportées aux objectifs initialement proposés dans l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/7/3, compte tenu des interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité et des commentaires écrits envoyés notamment par la Colombie, les États-Unis d'Amérique, la Nouvelle-Zélande, la République islamique d'Iran, l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), le Conseil Same, la Conférence circumpolaire inuit, l'Assemblée des premières nations et l'Association internationale pour les marques (INTA).

Certains des objectifs précédents relèvent davantage de principes directeurs généraux que d'objectifs proprement dits et ont été transférés dans cette section (voir ci-après)¹⁷. C'est notamment le cas des objectifs relatifs au respect des arrangements internationaux pertinents et à la coopération avec ces arrangements, ainsi qu'à la complémentarité avec la protection octroyée aux savoirs traditionnels au sens strict. Certains objectifs ont été ajoutés, comme celui relatif à la prévention de l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ainsi que l'ont suggéré plusieurs participants aux sessions du comité¹⁸. Deux participants aux sessions du comité en particulier ont suggéré qu'une distinction soit faite entre les objectifs directement liés à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à l'interface avec la propriété intellectuelle et les objectifs relatifs à d'autres domaines de politique générale, dont les dispositions doivent tenir compte sans empiéter sur ceux-ci¹⁹. Si ces objectifs n'ont pas forcément été formellement distingués des autres dans le projet, certains d'entre eux ont été reformulés pour tenir compte de ces commentaires.

¹⁷ Comme l'a indiqué par exemple la République islamique d'Iran à la septième session du comité (paragraphe 78 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

¹⁸ Par exemple, la Chine à la septième session du comité (paragraphe 75 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.) et la Colombie et le Conseil Same dans leurs commentaires.

¹⁹ Voir l'intervention de l'ARIPO à la septième session (paragraphe 89 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.) et les commentaires de la Nouvelle-Zélande.

II. PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX

- a) Principe de prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées*
- b) Principe d'équilibre*
- c) Principe de respect des arrangements et instruments internationaux et régionaux et de mise en conformité avec ces arrangements et instruments*
- d) Principe de souplesse et d'exhaustivité*
- e) Principe de reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle*
- f) Principe de complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels*
- g) Principe du respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard*
- h) Principe de respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*
- i) Principe d'efficacité et d'accessibilité des mesures de protection*

[Le commentaire sur les principes directeurs généraux suit]

COMMENTAIRE

PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX

Généralités

Les dispositions de fond figurant dans la section ci-après sont inspirées de certains principes directeurs généraux qui sous-tendent une grande partie des délibérations du comité depuis sa création et des débats et consultations internationaux qui ont eu lieu avant l'établissement du comité et visent à leur donner une forme juridique.

a) Principe de prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées

Ce principe tient compte du fait que la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit s'inspirer des aspirations et des attentes des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles. Cela signifie notamment que la protection des expressions culturelles traditionnelles doit reconnaître et appliquer les lois indigènes et coutumières dans toute la mesure possible, promouvoir l'utilisation complémentaire de mesures de protection positive et défensive, porter sur les aspects à la fois culturels et économiques du développement, prévenir les actes injurieux, désobligeants et offensants, promouvoir la coopération entre communautés et ne pas susciter de concurrence ou de conflits entre elles²⁰, et permettre une participation entière et effective de ces communautés à l'élaboration et à la mise en œuvre de systèmes de protection. Les mesures de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent aussi être considérées comme d'application volontaire du point de vue des peuples autochtones et des autres communautés, qui doivent toujours être habilités à s'appuyer exclusivement ou en partie sur leurs propres formes coutumières et traditionnelles de protection contre l'accès non souhaité à leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et l'utilisation non autorisée de celles-ci. Cela signifie que la protection juridique extérieure contre les actes illicites des tiers ne doit pas empiéter sur les lois, pratiques et protocoles coutumiers ni restreindre ceux-ci.

b) Principe d'équilibre

La nécessité de respecter un équilibre a été souvent soulignée par les différentes parties prenantes aux délibérations concernant l'amélioration de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ce principe suggère que la protection doit tenir compte d'une triple nécessité : maintenir un juste équilibre entre les droits et intérêts de ceux qui élaborent, préservent et perpétuent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et ceux qui les utilisent et en tirent avantage, concilier des enjeux très divers et faire en sorte que les mesures de protection qui seront prises soient proportionnées aux objectifs de la protection et aux réalités et besoins concrets.

²⁰ Voir la Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones, 1993, paragraphe 2.5, par exemple.

c) *Principe de respect des arrangements et instruments internationaux et régionaux et de mise en conformité avec ces arrangements et instruments*

Les modalités de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être compatibles avec les autres instruments et processus internationaux et régionaux, sans préjudice des droits et obligations particuliers déjà établis par des instruments juridiques contraignants, notamment ceux relatifs aux droits de l'homme²¹. La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas être invoquée pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international ou limiter leur portée.

d) *Principe de souplesse et d'exhaustivité*

Ce principe traduit la nécessité de reconnaître qu'on peut obtenir une protection efficace et appropriée par une grande variété de mécanismes juridiques; une vision trop étroite ou trop rigide des choses, se plaçant sur le plan des principes peut constituer une entrave à la protection, être incompatible avec les lois existantes en la matière et empêcher la nécessaire consultation avec les parties prenantes, en particulier les détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles. Il est nécessaire de s'inspirer d'une grande diversité de mécanismes juridiques pour réaliser les objectifs de protection visés. En particulier, l'expérience acquise en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore montre qu'il est improbable d'arriver à un seul schéma international uniforme ou universel pour protéger les expressions culturelles traditionnelles dans leur ensemble d'une façon qui réponde aux priorités et à l'environnement juridique et culturel au niveau national ainsi qu'aux besoins des communautés traditionnelles de tous les pays. Une organisation autochtone a parfaitement résumé la question : "Toute tentative de concevoir des directives uniformes pour la reconnaissance et la protection des savoirs des peuples autochtones risque de provoquer la désintégration de cette riche diversité jurisprudentielle en un 'modèle unique' qui ne correspondra pas aux valeurs, aux conceptions ou aux lois d'une quelconque société autochtone"²².

Le projet de dispositions est donc vaste et universel et vise, tout en rendant illégales l'appropriation et l'utilisation abusives des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à laisser aux autorités nationales et régionales et aux communautés une souplesse maximale pour déterminer les mécanismes juridiques précis susceptibles d'être utilisés pour réaliser ou mettre en œuvre ces dispositions au niveau national ou régional²³.

Il est possible, pour ce faire, de recourir à un ensemble très varié de formules associant mesures à caractère exclusif ou non exclusif et mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle, et faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle existants, des élargissements ou des adaptations *sui generis* de droits de propriété intellectuelle et des mesures et systèmes *sui generis* de propriété intellectuelle conçus spécialement à cet effet, comprenant des mesures défensives et positives. Des droits de propriété privée doivent compléter, en respectant un équilibre approprié, les mesures à caractère non exclusif.

²¹ Commentaire du Conseil Same.

²² Conseil des points cardinaux, *Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity*, communication au Secréariat de la CDB, 1996.

²³ Voir les interventions à la septième session du comité faites notamment par l'Azerbaïdjan, le Japon et la République arabe syrienne, ainsi que les commentaires de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et de la République islamique d'Iran.

Il s'agit d'une démarche relativement répandue dans le domaine de la propriété intellectuelle et les documents antérieurs ont donné des exemples de conventions dans ce domaine qui établissent des principes généraux et laisse une marge de manœuvre importante quant à leur mise en œuvre dans la législation des signataires. Même lorsque les obligations internationales créent des exigences matérielles minimales pour les législations nationales, il est admis que le choix des mécanismes juridiques appartient aux autorités nationales. On trouve également cette conception dans les instruments relatifs aux peuples autochtones, comme la Convention n° 169 de l'OIT²⁴.

e) Principe de reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle

La protection doit être adaptée aux caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir leur caractère collectif, communautaire ou intergénérationnel; leur relation avec l'identité et l'intégrité, les croyances, la spiritualité et les valeurs culturelles et sociales d'une communauté; le fait qu'elles sont souvent les véhicules d'une expression religieuse et culturelle et, enfin, leur évolution constante au sein de la communauté concernée. Les mesures particulières de protection juridique doivent également tenir compte du fait que, dans la pratique, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas toujours créées à l'intérieur de "communautés" clairement délimitées.

Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas toujours l'expression d'identités locales distinctes, ni réellement uniques, mais plutôt le produit d'influences et d'échanges inter et intra-culturels au sein d'un même peuple dont le nom ou la désignation peut varier d'un côté à l'autre de la frontière. La culture est véhiculée et personnifiée par des individus qui se déplacent et résident parfois à l'extérieur de leur lieu d'origine tout en continuant à pratiquer et à recréer les traditions et expressions culturelles de leur communauté.

f) Principe de complémentarité par rapport à la protection des savoirs traditionnels

Ce principe tient compte du caractère souvent indissociable de la teneur ou de la substance des savoirs traditionnels au sens strict et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour de nombreuses communautés. Le présent projet de dispositions couvre les différents modes de protection juridique contre l'utilisation abusive de ce matériel par des tiers en dehors du contexte traditionnel et ne vise pas à imposer des définitions ou des catégories aux lois, protocoles et pratiques coutumiers des peuples autochtones et des communautés traditionnelles ou autres. La démarche établie depuis longtemps par le comité vise à considérer la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des savoirs traditionnels de manière parallèle mais séparément et, comme cela a été précédemment indiqué, en conformité et en accord avec le contexte traditionnel dans lequel ces expressions et savoirs sont souvent perçus comme faisant partie intégrante d'une identité culturelle holistique.

²⁴ Article 34.

g) Principe du respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard

Ce principe suggère que toute protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit tenir compte en les respectant d'un certain nombre de droits et obligations s'imposant à tous, s'agissant notamment de droits de l'homme internationaux et des systèmes de droits indigènes, et ne pas contrarier la poursuite de l'élaboration de ces droits et obligations. Voir ci-après les "Commentaires reçus sur la précédente version des principes directeurs généraux (WIPO/GRTKF/IC/7/3)".

h) Principe de respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

La protection ne doit pas entraver l'usage, le développement, l'échange, la transmission et la diffusion des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore par les communautés concernées et conformément à leurs lois et pratiques coutumières. Aucun usage contemporain d'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore au sein de la communauté qui l'a élaborée et perpétuée ne doit être considéré comme une déformation dès lors que la communauté s'identifie à cet usage de l'expression et à toute modification qu'il suppose. L'utilisation, les pratiques et les normes coutumières doivent guider dans toute la mesure possible la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

i) Principe d'efficacité et d'accessibilité des mesures de protection

Les mesures relatives à l'acquisition, à la gestion et à l'application des droits ainsi qu'à la mise en œuvre d'autres modes de protection doivent être efficaces, judicieuses et accessibles, et tenir compte du contexte culturel, social, politique et économique des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles.

Commentaires reçus sur la précédente version des principes directeurs généraux (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Ces principes directeurs généraux révisés ont été établis compte tenu des commentaires reçus notamment de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, de la Nouvelle-Zélande, de la République islamique d'Iran, de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), de l'Assemblée des premières nations, de l'Association internationale pour les marques (INTA), de la Conférence circumpolaire inuit et du Conseil Same.

Comme cela a déjà été indiqué, des auteurs de commentaires ont fait observer que certains objectifs s'apparentent davantage à des principes directeurs généraux. Ceux-ci ont donc été transférés dans la présente section. C'est notamment le cas des objectifs relatifs au respect des arrangements internationaux pertinents et à la coopération avec ces arrangements, ainsi qu'à la complémentarité avec la protection octroyée aux savoirs traditionnels.

En outre, le nouveau principe g) découle directement d'une proposition faite par les tribus Tulalip à la septième session du comité²⁵. La Conférence circumpolaire inuit et le Conseil Same ont présenté des commentaires allant dans le même sens, qui ont aussi été pris en considération dans la révision des objectifs. Le libellé du principe suggéré est tiré de

²⁵ Paragraphe 97 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.

celui proposé par les tribus Tulalip sous réserve de modifications de forme visant à l'aligner sur les autres principes directeurs généraux. Le commentaire a pour objet d'expliquer et de développer le principe et découle lui aussi directement du libellé utilisé par les tribus Tulalip. Toutefois, il n'est pas affirmé que le libellé suggéré pour principe g) rend pleinement compte de l'essence du texte proposé par les tribus Tulalip, qui était le suivant : "Rien dans l'application de tout principe n'exempte l'État du respect des droits et obligations existants à l'égard des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ni de préjuger de la poursuite de l'élaboration de ces droits et obligations".

III. DISPOSITIONS DE FOND

ARTICLE PREMIER :

OBJET DE LA PROTECTION

a) *On entend par “expressions culturelles traditionnelles” ou “expressions du folklore” toutes les formes, tangibles ou intangibles, d’expression ou de représentation de la culture et des savoirs traditionnels, y compris les formes d’expression ou les combinaisons de ces formes d’expression indiquées ci-après :*

- i) *les expressions verbales, telles que récits, légendes, épopées, énigmes et autres narrations; mots, signes, noms et symboles;*
- ii) *les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale;*
- iii) *les expressions corporelles, telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels et autres représentations;*

que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et

iv) *les expressions tangibles, telles que les ouvrages d’art, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures, sculptures, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d’aiguille, textiles, verreries, tapis, costumes; les produits artisanaux; les instruments de musique et les ouvrages d’architecture;*

qui sont

- *aa) le produit d’une activité intellectuelle créative, qu’elle soit individuelle ou collective;*
- *bb) caractéristiques de l’identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d’une communauté; et*
- *cc) conservées, utilisées ou développées par cette communauté, ou par des personnes qui, conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté, en ont le droit ou la responsabilité.*

b) *Le choix des termes désignant l’objet protégé doit être arrêté aux niveaux national et régional.*

[Le commentaire sur l’article premier suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE PREMIER : OBJET DE LA PROTECTION

Généralités

L'article suggéré décrit la matière couverte par les dispositions. L'alinéa a) contient à la fois une description de l'objet de protection ("les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore") et les critères matériels qui définissent plus précisément les expressions susceptibles d'être protégées. Les délibérations du comité ont permis de préciser la distinction entre la description de l'objet de la protection en général et la délimitation plus précise des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore susceptibles de protection en vertu d'une mesure juridique précise. Comme il a été indiqué, toutes les expressions du folklore et expressions des cultures et savoirs traditionnels ne peuvent faire l'objet d'une protection au titre de la propriété intellectuelle²⁶.

L'article suggéré emprunte aux Dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables de 1982 (dispositions types de 1982) et au cadre régional pour les pays insulaires du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de 2002 (loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique), ainsi qu'aux législations nationales actuelles sur le droit d'auteur, qui prévoient une protection *sui generis* pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

Description de l'objet de la protection

Les termes "ou combinaisons de ces expressions" qui figurent à l'alinéa a) visent à montrer que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent être tangibles ou intangibles et qu'elles ont des composantes à la fois tangibles et intangibles ("expressions mixtes"), comme cela a été suggéré²⁷. L'alinéa a) indique clairement que les expressions orales (non fixées) sont aussi susceptibles de protection, conformément à la nature souvent orale de l'expression culturelle traditionnelle. La fixation ne constituerait donc pas un critère de protection²⁸. La protection des "formes architecturales" contribuerait à la protection des sites sacrés (tels que sanctuaires, tombes et mémoriaux) dans la mesure où ils font l'objet d'une appropriation ou d'une utilisation abusive au sens des présentes dispositions.

Critères de protection

Selon les critères énoncés à l'alinéa a)aa) à cc), la disposition suggérée porte que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pouvant prétendre à la protection doivent

i) être des créations intellectuelles et constituer par conséquent un objet de "propriété intellectuelle", que cette création soit individuelle ou collective. Des versions différentes, des variantes ou des adaptations d'une même expression peuvent constituer des

²⁶ Intervention du Nigéria (paragraphe 43 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

²⁷ Commentaires et déclarations précédentes de la République islamique d'Iran.

²⁸ Voir les commentaires de la Colombie.

expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore distinctes si elles sont suffisamment créatives (au même titre que des versions différentes d'une œuvre peuvent être protégées par le droit d'auteur si elles sont suffisamment originales).

ii) avoir un lien avec l'identité socioculturelle de la communauté et son patrimoine culturel. Ce lien est contenu dans le terme "caractéristique", qui est utilisé pour indiquer que les expressions doivent être généralement reconnues comme représentant une identité et un patrimoine collectifs. Le terme "caractéristique" vise à évoquer la notion "d'authenticité" ou l'idée selon laquelle les expressions protégées sont "authentiques", "appartiennent" à tel ou tel peuple ou communauté ou en sont un attribut. Les deux notions de "consensus communautaire" et "d'authenticité" sont implicitement contenues dans l'exigence selon laquelle les expressions, ou les éléments de celles-ci, doivent être "caractéristiques" : les expressions généralement reconnues comme caractéristiques sont habituellement d'authentiques expressions, reconnues comme telles par le consensus tacite de la communauté concernée²⁹;

iii) être toujours perpétuées, développées ou utilisées par la communauté ou ses membres.

La notion de "patrimoine" est utilisée pour évoquer des éléments, tangibles ou intangibles, qui ont été transmis de génération en génération, rendant compte de la qualité transgénérationnelle des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; pour être protégée, une expression doit être "caractéristique" d'un tel patrimoine. Les experts considèrent généralement que les éléments qui ont été perpétués et transmis sur trois générations, voire deux, font partie du "patrimoine"³⁰. Les expressions susceptibles de caractériser des communautés ou des identités établies plus récemment ne seraient pas couvertes³¹.

Créativité contemporaine/créateurs

Comme indiqué dans de précédents documents³², de nombreuses expressions du folklore sont transmises de génération en génération, oralement ou par imitation. Au fil du temps, des compositeurs, chanteurs et autres créateurs et artistes interprètes ou exécutants peuvent revisiter des expressions en les réutilisant, en les réarrangeant ou en les inscrivant dans un nouveau contexte. Il y a donc une interaction dynamique entre la créativité collective et la créativité individuelle, qui permet de produire un nombre infini de variantes des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, que ce soit au niveau communautaire ou au niveau individuel.

²⁹ Voir le commentaire sur les dispositions types de 1982. Voir également les commentaires de la Colombie.

³⁰ Voir par exemple les entretiens avec M. Edi Sedyawati et d'autres tenus lors du Forum consultatif national sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui a eu lieu en Indonésie les 30 novembre et 1^{er} décembre 2004, ainsi que la Réunion d'experts de l'UNESCO sur l'inventaire du patrimoine culturel tenue à Paris les 17 et 18 mars 2005.

³¹ Voir par exemple les préoccupations exprimées à cet égard par l'Union internationale des éditeurs (UIE) dans ses commentaires.

³² Voir en particulier le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

L'individu joue donc un rôle central dans la création et la re-création des expressions culturelles traditionnelles. C'est pourquoi la description de l'objet de la protection figurant à l'article premier comprend les expressions émanant d'individus isolés. Pour déterminer ce qui constitue ou non une expression de la culture traditionnelle ou expression du folklore, la question de savoir si cette expression est une émanation collective ou individuelle n'est donc pas directement pertinente. Même une expression créative contemporaine émanant d'un individu (par exemple, un film ou une vidéo ou une interprétation contemporaine de danses ou d'autres spectacles préexistants³³) peut être protégée en tant qu'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore pour autant qu'elle soit caractéristique de l'identité socioculturelle et du patrimoine d'une communauté et qu'elle soit issue de la personne ayant le droit ou la responsabilité de le faire conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté. En ce qui concerne les *bénéficiaires de la protection*, toutefois, le projet de dispositions porte sur les communautés davantage que sur les individus. Les communautés sont constituées d'individus, de sorte que le contrôle et la réglementation communautaires des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore bénéficient en fin de compte aux individus qui les composent (voir ci-après l'article 2 ("Bénéficiaires")).

Choix des termes

Les États membres et les autres parties prenantes ont milité en faveur d'une certaine souplesse en ce qui concerne notamment la terminologie. De nombreux instruments internationaux dans le domaine de la propriété intellectuelle renvoient la décision sur ces questions à l'ordre national. C'est pourquoi, afin de permettre l'élaboration au niveau national de politiques et de législations appropriées, les consultations nécessaires à cette fin et l'évolution des dispositifs, l'alinéa b) proposé indique que la terminologie concrète doit être arrêtée aux niveaux national et régional.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Auparavant, la description de l'objet et des critères de la protection figurait dans deux dispositions, B.1 et B.2. Or, la disposition B.1 était tirée presque directement des dispositions types de 1982 et contenait, comme certains auteurs de commentaires l'ont fait observer, des critères qui empiétaient sur la disposition B.2. C'est pourquoi les deux dispositions B.1 et B.2 ont été fusionnées.

Il ressort également des délibérations antérieures que la définition figurant dans les dispositions types de 1982 constituait un point de départ utile mais qu'elle datait et qu'elle appelait un complément d'examen. L'article révisé s'inspire des dispositions types de 1982 mais aussi plus directement d'autres modèles plus récents, comme la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique. Le terme "populaire" a été supprimé conformément aux suggestions et d'autres améliorations ont été apportées au libellé et à la structure de l'article en réponse à différentes observations et contributions. Une mention spécifique de la peinture du corps a été ajoutée compte tenu de l'importance de cette forme d'expression pour les

³³ Voir les commentaires de la Conférence circumpolaire inuit, qui appuie cette conception et a donné ces exemples. Voir également les paragraphes 2.2 et 2.5 de la Déclaration de Mataatua de 1993 sur les droits de propriété intellectuelle et culturelle des peuples autochtones. Discussions avec les membres du Comité scientifique de l'OAPI.

communautés et d'un doute possible quant à la question de savoir si cette forme d'expression est suffisamment "tangibile" pour être considérée comme une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore tangible³⁴.

La disposition révisée vise à être plus précise et plus claire, en réponse aux commentaires selon lesquels l'objet de la protection semblait être délimité de manière trop vague et imprécise³⁵. Les critères qui déterminent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore susceptibles d'être protégées contribuent également à préciser les limites de l'objet de la protection; en outre, la nature de la protection prévue par les dispositions, notamment à l'article 3 ("Actes d'appropriation illicite (étendue de la protection)"), précise encore le champ d'application des dispositions.

Un pays a suggéré de supprimer le critère prévu au point ii) de l'ancienne disposition B.2 (qui était libellé ainsi : "caractéristiques de l'identité culturelle distinctive d'une communauté et du patrimoine traditionnel développé et perpétué par cette communauté"), car il imposerait une charge de la preuve excessive aux communautés³⁶. Cette suggestion mérite sans aucun doute d'être examinée de manière plus approfondie.

Les délibérations précédentes ont également porté sur la place et le rôle des individus dans la création et la "propriété" des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Il en va de même de certaines observations et contributions reçues³⁷. Les dispositions et le commentaire ont été remaniés pour tenter de traiter ces questions de manière plus appropriée, mais un complément de réflexion pourrait s'imposer.

D'une manière plus générale, la Colombie a suggéré qu'il serait utile d'établir un glossaire afin de faciliter la compréhension des dispositions et de favoriser une interprétation uniforme des articles. L'OAPI a suggéré de prévoir un article consacré aux définitions.

Plusieurs autres modifications ont été apportées aux anciennes dispositions B.1 et B.2, compte tenu des commentaires formulés notamment par l'Australie, la Colombie, les États Unis d'Amérique, la République islamique d'Iran, l'Union européenne et ses États membres, l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), l'Assemblée des premières nations, l'Association internationale pour les marques (INTA) le Conseil Same et l'Union internationale des éditeurs (UIE).

³⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

³⁵ Voir par exemple les commentaires de la Communauté européenne et de ses États membres et de l'Union internationale des éditeurs (UIE).

³⁶ Voir les commentaires de la Colombie.

³⁷ Voir par exemple les délibérations tenues lors du Séminaire OMPI pour l'Asie et le Pacifique sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore qui a eu lieu à Daejeon, (République de Corée) du 11 au 13 octobre 2004 et lors des cinquième et sixième sessions du comité; les commentaires des États-Unis d'Amérique; et les discussions avec les membres du Comité scientifique de l'OAPI, notamment, sur ce point, avec M. Kouliga Nikiema (Burkina Faso).

ARTICLE 2 :

BÉNÉFICIAIRES

Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent viser l'intérêt des peuples autochtones et des communautés traditionnelles ou culturelles³⁸

i) qui, conformément à leurs droits et pratiques coutumiers, sont chargés de la garde, du soin et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; et

ii) qui perpétuent, utilisent ou développent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant qu'éléments caractéristiques de leur identité culturelle et sociale et de leur patrimoine culturel.

[Le commentaire sur l'article 2 suit]

³⁸

L'expression de portée générale "peuples autochtones et autres communautés traditionnelles ou culturelles", ou simplement "communautés", a été retenue au stade actuel du présent projet de dispositions. L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les participants aux sessions du comité quant à la validité ou à l'opportunité de ces termes ou d'autres termes; par ailleurs, elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

COMMENTAIRE

ARTICLE 2 : BÉNÉFICIAIRES

Généralités

De nombreuses parties prenantes ont souligné que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont généralement considérées comme une émanation et une propriété collective, de sorte que tout droit ou intérêt sur celles-ci devrait être conféré aux communautés plutôt qu'aux individus. Certaines lois de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore prévoient des droits à octroyer directement aux peuples et communautés concernés. En revanche, de nombreuses autres confèrent ces droits à une autorité gouvernementale et prévoient souvent que les bénéfices de l'octroi des droits d'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être reversés à des programmes nationaux de préservation du patrimoine et autres programmes sociaux et culturels. Le groupe des pays africains a affirmé que les principes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devaient "reconnaître le rôle de l'État dans la préservation et la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore"³⁹.

La disposition suggérée est suffisamment flexible pour concilier les deux conceptions au niveau national : alors que les bénéficiaires de la protection doivent être directement les peuples et communautés concernés, les droits proprement dits peuvent être conférés soit audits peuples et communautés, soit à une administration ou à un office (voir également l'article 4 ("Gestion des droits")).

L'article 2, et les dispositions dans leur ensemble, prévoient que plusieurs communautés peuvent prétendre à la protection de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore selon les critères énoncés à l'article premier. Des lois *sui generis* existantes prévoient cette possibilité, comme le régime spécial de propriété intellectuelle du Panama appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels, adopté en 2000, et son règlement d'exécution de 2001 ("loi du Panama")⁴⁰, et la loi péruvienne de 2002 établissant un régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques ("loi péruvienne de 2002")⁴¹. Cette question touche aussi à la répartition des droits ou des avantages entre communautés partageant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore identiques ou similaires dans différents pays ("folklore régional")⁴². Elle est abordée dans les articles 4 ("Gestion des droits") et 7 ("Formalités").

Le terme "communautés culturelles" est censé être suffisamment large pour englober les ressortissants d'un pays entier, une "nation", dans les cas où les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont considérées comme l'expression d'un "folklore

³⁹ Document WIPO/GRTKF/IC/6/12. Voir également les interventions à la septième session du comité, notamment celle du Maroc (paragraphe 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

⁴⁰ Article 5 du décret.

⁴¹ Article 10.

⁴² Voir les commentaires de l'Union européenne et de ses États membres et de la Fédération de Russie.

national” appartenant à la totalité d’une population d’un pays donné⁴³. Cette disposition est conforme à la pratique dans d’autres domaines des politiques publiques et s’inscrit en complément de celle-ci⁴⁴. Par conséquent, une loi nationale peut, par exemple, prévoir que tous les nationaux sont les bénéficiaires de la protection.

Communautés/individus

Ainsi qu’il a été indiqué au sujet de l’article premier les présentes dispositions visent principalement à bénéficier aux communautés, y compris dans les cas où une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore est créée ou développée par un individu appartenant à une communauté. Les créations “traditionnelles” ont pour caractéristique essentielle de contenir des motifs, un style ou d’autres éléments caractéristiques de l’identité et d’une tradition d’une communauté qui continue de porter et de pratiquer celles-ci. Ainsi, lorsqu’un individu a élaboré une création fondée sur une tradition dans le cadre de son contexte coutumier, celle-ci est considérée du point de vue communautaire comme le produit d’un processus créatif social et collectif. La création est donc non pas “possédée” par l’individu mais “contrôlée” par la communauté, conformément aux systèmes juridiques et aux pratiques indigènes et coutumiers⁴⁵. C’est ce qui donne à cette création son caractère “traditionnel”.

Pour ces raisons, les avantages de la protection envisagés dans les présentes dispositions reviennent aux communautés et non aux individus; c’est ce qui distingue ce système *sui generis* du droit classique de la propriété intellectuelle, qui reste toutefois accessible aux individus qui souhaitent en tirer parti (voir l’article 10). Cette conception est conforme à l’avis exprimé par les participants aux sessions du comité selon lequel ces dispositions devraient viser à prévoir des formes de protection des expressions de la culture et des savoirs qui ne sont pas actuellement prévues par le droit conventionnel de la propriété intellectuelle⁴⁶.

Cela étant, les communautés sont constituées d’individus, de sorte que le contrôle et la réglementation communautaires des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore bénéficient en fin de compte aux individus qui les composent. Ainsi, en pratique, les bénéficiaires seront les individus, conformément au droit et aux pratiques coutumiers.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Par rapport à l’ancienne disposition B.3 figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3, des modifications ont été apportées à cette disposition pour tenir compte des commentaires formulés, notamment, par l’Australie, les États-Unis d’Amérique, la Fédération de Russie, l’Union européenne et ses États membres et l’Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI).

⁴³ Voir les déclarations de l’Égypte et du Maroc à la septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.), paragraphes 69 et 85, notamment.

⁴⁴ Voir le glossaire sur le patrimoine culturel immatériel de la Commission des Pays-Bas pour l’UNESCO, 2002 (“... une nation peut être une communauté culturelle”).

⁴⁵ Voir d’une manière générale le document WIPO/GRTKF/IC/6/3 et, en particulier, l’intervention des Tulalip de Washington à la cinquième session du comité (paragraphe 56 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).

⁴⁶ Voir les interventions du Nigéria et du Japon, notamment, devant le comité.

ARTICLE 3 :

ACTES D'APPROPRIATION ILLICITE (ÉTENDUE DE LA PROTECTION)

Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification particulière

a) *En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière pour une communauté et qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification selon l'article 7, des mesures juridiques et pratiques, adaptées et efficaces, doivent être prises pour s'assurer que cette communauté pourra empêcher la réalisation des actes suivants sans son consentement préalable, libre et en connaissance de cause :*

i) *s'agissant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore autres que les mots, signes, noms et symboles :*

- *la reproduction, l'adaptation, la radiodiffusion, l'interprétation ou exécution publique, la communication au public, la distribution, la location, la mise à la disposition du public et la fixation (y compris par photographie) des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de leurs dérivés;*
- *toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou adaptation de celles-ci faite sans mention appropriée de la communauté en tant que source des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;*
- *toute déformation, mutilation ou autre modification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou toute autre atteinte à celles-ci; et*
- *l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou les adaptations de celles-ci;*

ii) *s'agissant de mots, signes, noms et symboles qui sont des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en soi, toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de leurs dérivés ou l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou leurs dérivés qui discrédite ou offense la communauté concernée ou donne faussement l'impression d'un lien avec elle, ou qui méprise ou dénigre celle-ci;*

Autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

b) *En ce qui concerne l'utilisation et l'exploitation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui n'ont pas fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification selon l'article 7, des mesures juridiques et pratiques, adaptées et efficaces, doivent être prises pour s'assurer que*

i) *la communauté concernée sera mentionnée en tant que source de toute œuvre ou autre production adaptée des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;*

ii) *toute déformation, mutilation ou autre modification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou toute autre atteinte à celles-ci pourra être empêchée ou donner lieu à des sanctions civiles ou pénales;*

iii) *toute indication ou allégation fausse, prêtant à confusion ou fallacieuse qui, à l'égard de produits ou de services qui mentionnent, utilisent ou évoquent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore d'une communauté, suggère l'approbation de cette communauté ou un lien avec celle-ci pourra être empêchée ou donner lieu à des sanctions civiles ou pénales; et*

iv) *lorsque l'exploitation est à but lucratif, elle donnera lieu à une rémunération ou à un partage des avantages équitable selon des modalités définies par l'administration visée à l'article 4 après consultation de la communauté concernée; et*

Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes

c) *Des mesures juridiques et pratiques, adaptées et efficaces, seront prises pour s'assurer que les communautés ont les moyens d'empêcher la divulgation non autorisée et l'utilisation ultérieure des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, ainsi que l'acquisition et l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur ces expressions.*

[Le commentaire sur l'article 3 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 3 : ACTES D'APPROPRIATION ILLICITE (ÉTENDUE DE LA PROTECTION)

Généralités

Ce projet d'article traite d'un élément central de la protection, à savoir les appropriations illicites des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées par les dispositions et les droits et autres mesures applicables dans les différents cas.

Conformément à l'avis exprimé par les participants⁴⁷, l'article vise à prévoir des formes de protection des expressions de la culture et des savoirs qui ne sont pas actuellement prévues par le droit conventionnel de la propriété intellectuelle. Ces dispositions sont sans préjudice de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore déjà prévue par le droit actuel de la propriété intellectuelle⁴⁸. La protection de la propriété intellectuelle classique reste applicable. Voir le commentaire sur l'article 2 ("Bénéficiaires") et l'article 10 ("Lien avec la propriété intellectuelle et les autres formes de protection et de préservation").

La disposition suggérée vise à tenir compte des types d'utilisations et d'appropriations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore liées à la propriété intellectuelle qui sont très souvent source de préoccupation pour les communautés autochtones et locales et les autres dépositaires et détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ainsi qu'il ressort des missions d'établissement des faits et des consultations antérieures (voir le paragraphe 53 du document WIPO/GRTKF/IC/7/3). Elle s'inspire d'un large éventail de conceptions et de mécanismes juridiques consacrés dans différentes lois nationales et régionales (voir les paragraphes 54 à 56 du document WIPO/GRTKF/IC/7/3).

Résumé du projet de disposition

En résumé, le projet de disposition suggère trois "niveaux" de protection, visant à prévoir une protection supplémentaire adaptée aux différentes formes d'expression culturelle et aux divers objectifs associés à leur protection et tenant compte d'une combinaison de droits de rémunération exclusifs et équitables et d'un ensemble de mesures juridiques et pratiques.

a) pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, un droit de "consentement préalable libre et en connaissance de cause", semblable à un droit exclusif en termes de propriété intellectuelle, est suggéré, en vertu duquel les types d'actes généralement couverts par les législations de propriété intellectuelle, en particulier le droit d'auteur et les droits connexes, le droit des marques et le droit des dessins et modèles industriels, seraient subordonnés à l'obtention du consentement préalable libre et en connaissance de cause de la communauté concernée.

i) Ce niveau de protection serait subordonné à la notification ou à l'inscription préalable sur un registre public conformément aux dispositions de l'article 7 (voir ci-après). L'enregistrement ou la notification est facultatif et laissé à la discrétion des communautés

⁴⁷ Voir les interventions du Nigéria et du Japon, notamment, devant le comité.

⁴⁸ Voir les commentaires de la Colombie.

concernées. Il ne serait pas nécessaire d'enregistrer ou de notifier les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes étant donné que celles-ci sont protégées séparément en vertu de l'article 3.c). L'option d'enregistrement est applicable uniquement dans le cas des communautés qui souhaitent une protection au titre du strict consentement donné en connaissance de cause pour des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont déjà connues et accessibles au public.

ii) Le droit de consentement préalable, libre et en connaissance de cause donnerait à une communauté le droit d'interdire ou d'autoriser, à des conditions agréées, notamment en matière de partage des avantages, l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. En ce sens, le consentement préalable en connaissance de cause s'apparente à un droit de propriété intellectuelle exclusif qui peut faire l'objet d'une licence, mais pas nécessairement. Ces droits pourraient être utilisés de manière positive ou, plus vraisemblablement, défensive (pour prévenir l'utilisation et l'exploitation de ces expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sur celles-ci).

iii) Des formes de protection spécialement adaptées sont suggérées pour les mots, noms, symboles et autres désignations, d'après la législation sur les marques et les mesures particulières déjà établies à cet égard au sein de la Communauté andine, des États-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande.

iv) Les interprétations ou exécutions qui peuvent être assimilées à des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ("expressions corporelles", voir l'article premier) peuvent aussi faire l'objet d'un enregistrement ou d'une notification pour bénéficier d'une forte protection. Les droits économiques et moraux proposés comprennent des droits calqués sur les types de droits déjà prévus à l'intention des autres artistes interprètes ou exécutants, en particulier dans le Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). Cette forme de protection est sans préjudice de la protection prévue par le WPPT⁴⁹. Si ces interprétations ou exécutions ne donnaient pas lieu à un enregistrement ou une notification, elles pourraient être protégées conformément au point b) ou c) ci-après, selon les circonstances et les souhaits de la communauté.

b) En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui n'auront pas fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification, leur utilisation ne serait pas subordonnée au consentement préalable mais la protection porterait sur *la manière* dont elles sont utilisées. Ces expressions pourraient être utilisées, comme source d'inspiration par exemple, sans consentement ou autorisation préalable, aux fins de créativité et de liberté artistique, objectif affirmé par beaucoup⁵⁰. Toutefois, la manière dont les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont ainsi utilisées serait réglementée, principalement sur la base des droits moraux et des principes relatifs à la concurrence déloyale, avec des voies de recours civiles et pénales proposées, ainsi que le paiement d'une rémunération équitable ou un partage équitable des avantages, au choix de l'autorité compétente. Cette autorité pourrait être la même que l'administration visée à l'article 4 ("Gestion des droits"). Cette solution s'apparente sans doute aux dispositions relatives aux licences obligatoires ou à la rémunération équitable qui figurent dans les

⁴⁹ Voir les commentaires de la Colombie.

⁵⁰ Voir par exemple les interventions de l'Azerbaïdjan et de la Communauté européenne et de ses États membres à la septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

législations *sui generis* nationales concernant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁵¹, ainsi que dans la législation classique du droit d'auteur concernant les œuvres musicales déjà fixées dans des enregistrements sonores⁵².

c) Enfin, pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, confidentielles ou non divulguées, la disposition suggérée vise à préciser que la protection existante des renseignements confidentiels ou non divulgués s'applique également aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, compte tenu également de la jurisprudence dans ce domaine⁵³. La Déclaration de Mataatua de 1993 reconnaît notamment que les peuples autochtones ont le droit de "protéger et contrôler la diffusion" de [leurs] connaissances⁵⁴.

Souplesse des mécanismes juridiques de mise en œuvre

Les dispositions sont vastes et universelles et visent à laisser aux autorités nationales et régionales et aux communautés une souplesse maximale pour déterminer les mécanismes juridiques précis susceptibles d'être retenus au niveau national ou régional en vue de leur mise en œuvre.

Pour illustrer ce qui précède par un exemple concret, le principe suggéré selon lequel une protection devrait être établie contre les indications fausses ou de nature à induire en erreur utilisées dans l'exercice du commerce en ce qui concerne l'approbation par une communauté ou l'association avec une communauté concernant des créations fondées sur la tradition (un exemple typique est constitué par un objet artisanal vendu comme "authentique" ou "indien" alors qu'il ne l'est pas), pourrait être mis en œuvre au niveau national par l'un ou plusieurs des moyens suivants : i) l'enregistrement et l'utilisation de marques de certification par les communautés concernées; ii) les recours civils ou pénaux disponibles dans le cadre des pratiques commerciales générales et des législations sur l'étiquetage; iii) l'adoption de législations prévoyant expressément cette forme de protection pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; iv) l'enregistrement et l'utilisation d'indications géographiques, et v) les sanctions prévues par la "common law" dans les cas de substitution de produits et par la législation en matière de lutte contre la concurrence déloyale

Œuvres dérivées

Certaines questions juridiques et de politique générale s'articulent autour du droit d'adaptation, du droit de créer des œuvres dérivées et de la détermination d'exceptions et de limitations appropriées à cet égard⁵⁵.

Cette disposition suggérée évoque un droit d'adaptation à l'égard des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, sous réserve d'un enregistrement ou d'une notification préalable. En ce qui concerne les autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, il n'y aurait pas de droit d'adaptation en tant que tel, ni d'interdiction de l'obtention de droits de propriété intellectuelle par leur créateur sur les œuvres dérivées, pas

⁵¹ Par exemple, l'Accord de Bangui créant l'OAPI, révisé en 1999.

⁵² Voir l'article 13 de la Convention de Berne de 1971.

⁵³ Foster c. Mountford (1976) 29 FLR 233.

⁵⁴ Article 2.1.

⁵⁵ Voir également les commentaires de l'Australie et les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et suivants.

plus que, dans les deux cas, la simple “inspiration”, comme dans le cadre du droit d’auteur, conformément à la séparation entre l’idée et son expression⁵⁶. Toutefois, il est suggéré de réglementer la manière dont les œuvres dérivées peuvent être exploitées, suivant la démarche générale suivie dans la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Plusieurs modifications ont été apportées à la structure, au format et au fond de la précédente version de cet article, à savoir la disposition B.5 figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3, compte tenu des interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité notamment par l’Azerbaïdjan, l’Égypte et le Japon et des commentaires soumis par l’Australie, la Colombie, les États-Unis l’Amérique, l’Union européenne et ses États membres, l’Assemblée des premières nations, l’Association internationale pour les marques (INTA), le Conseil Same et l’Union internationale des éditeurs, et au cours d’autres entretiens, avec le Comité scientifique de l’OAPI, par exemple.

Suite aux observations présentées notamment par le groupe des pays africains et l’Égypte à la septième session du comité, cet article mentionne à présent plus clairement le terme “appropriation illicite”. Les droits énoncés dans la précédente disposition B.5 correspondaient chacun aux différents actes d’appropriation illicite sans mentionner le terme lui-même, ce qui a été rectifié.

Suite aux interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité et à d’autres commentaires, les interprétations ou exécutions qui sont des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont plus traitées comme un niveau distinct dans le projet d’article. Elles peuvent être protégées conformément à l’un des niveaux suggérés aux alinéas a), b) ou c) de l’article, selon les souhaits de la communauté; en outre, une protection plus classique des artistes interprètes ou exécutants des “expressions du folklore” reste disponible en vertu du WPPT de 1996, comment le font observer la Colombie et d’autres⁵⁷.

⁵⁶ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

⁵⁷ Voir les commentaires de la Colombie.

ARTICLE 4 :

GESTION DES DROITS

a) Lorsqu'elle est requise en vertu des présentes dispositions, l'autorisation préalable d'utiliser des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit être demandée soit directement à la communauté concernée soit, si celle-ci le souhaite, à une administration agissant à la demande et au nom de la communauté (ci-après dénommée "administration"). Lorsque les autorisations sont délivrées par l'administration,

i) elles ne doivent être accordées qu'après des consultations appropriées avec la communauté concernée, conformément à ses systèmes traditionnels de prise de décisions et de gestion des affaires;

ii) tous les avantages monétaires ou non monétaires découlant de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être transmis directement par l'administration à la communauté concernée.

b) L'administration doit normalement être chargée de fonctions de sensibilisation, d'éducation, de conseil et d'orientation. Elle doit également,

i) à la demande d'une communauté, surveiller les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore afin d'assurer un usage loyal et approprié, conformément aux dispositions de l'article 3.b); et

ii) déterminer la rémunération équitable visée à l'article 3.b) après consultation de la communauté concernée.

[Le commentaire sur l'article 4 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 4 : GESTION DES DROITS

Généralités

Cette disposition traite de la manière de présenter les demandes d'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des personnes ou services auxquels il convient de s'adresser à cet égard, ainsi que de questions connexes. Les points traités dans cette disposition s'appliquent indépendamment de la question de savoir si les titulaires de droits sont les communautés ou des organismes étatiques (voir ci-dessus l'article 2 ("Bénéficiaires")).

Les dispositions dans leur ensemble envisagent l'exercice des droits par les communautés concernées elles-mêmes. Toutefois, dans le cas où les communautés concernées ne sont pas en mesure d'exercer directement les droits ou ne souhaitent pas le faire, ce projet d'article suggère un rôle pour une "administration" agissant en tout temps à la demande et au nom des communautés concernées. L'intervention d'une telle "administration" est entièrement facultative et n'est nécessaire et indiquée que si les communautés concernées le souhaitent.

Une administration remplissant ce type de fonctions est prévue dans les dispositions types de 1982, la loi des Philippines de 1997 sur les droits des peuples autochtones ("loi des Philippines de 1997"), la loi type pour les pays insulaires du Pacifique de 2002 et de nombreuses lois nationales établissant une protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Plusieurs États membres se sont prononcés en faveur d'une "autorité" dans ce type de cas⁵⁸.

L'administration suggérée pourrait être un office, une autorité ou une société existant, ainsi qu'une organisation ou un office régional. L'Organisation régionale africaine de la propriété industrielle (ARIPO) et l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) ont, par exemple, souligné le rôle des organisations régionales à l'égard de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁵⁹. Les sociétés de perception des droits d'auteur pourraient aussi jouer un rôle.

Cette disposition vise à déterminer uniquement certains principes fondamentaux qui pourraient être appliqués. Manifestement, l'élaboration de telles mesures dépendra en grande partie de facteurs nationaux et communautaires : des options pour l'élaboration de dispositions plus détaillées pourraient être approfondies aux niveaux tant national que communautaire. Les lois et modèles existants contiennent des dispositions dont on pourrait s'inspirer.

⁵⁸ Voir le Groupe des pays africains (document WIPO/GRTKF/IC/6/12); les interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité par le Japon, le Maroc et l'Union européenne et ses États membres (document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.); ainsi que les commentaires de l'Union européenne et de ses États membres.

⁵⁹ Voir, par exemple, l'intervention de l'ARIPO à la septième session du comité (paragraphe 89 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.) et précédemment.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Par rapport à la disposition B.4 qui figurait dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3, des modifications ont été apportées afin de tenir compte des déclarations faites notamment par le Japon à la septième session du comité, ainsi que des commentaires présentés par écrit par la Colombie, les États-Unis d'Amérique, l'Union européenne et ses États membres, l'Assemblée des premières nations et le Conseil Same. Certaines de ces interventions et observations indiquaient en outre que la disposition B.4 était trop détaillée et directive. La Colombie et le Conseil Same en particulier ont exprimé de sérieuses réserves quant à toute administration ou autorité agissant au nom des peuples autochtones. Cela souligne combien il importe que toute administration ou autorité tire son droit d'agir de la volonté et du pouvoir de décision exprès de la communauté concernée.

ARTICLE 5 :

EXCEPTIONS ET LIMITATIONS

a) *Les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent*

i) *être telles qu'elles ne restreindront ou n'entraveront pas l'usage, la transmission, l'échange et le développement normaux des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par des membres de la communauté concernée et dans le contexte traditionnel et coutumier, tels que les définissent les lois et pratiques coutumières;*

ii) *porter uniquement sur les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont faites en dehors du contexte traditionnel ou coutumier, que ce soit ou non à des fins commerciales; et*

iii) *ne pas s'appliquer aux utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins suivantes :*

- illustration d'un enseignement ou d'un apprentissage;*
- recherche non commerciale ou étude privée;*
- critiques ou évaluations;*
- comptes rendus d'événements d'actualité*
- utilisation dans le cadre de procédures juridiques;*
- réalisation d'enregistrements et d'autres reproductions des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en vue de leur incorporation dans des archives ou un inventaire à des fins non commerciales de préservation du patrimoine culturel; et*
- utilisations occasionnelles*

pour autant que chacune de ces utilisations soit conforme aux bons usages, que la communauté concernée soit mentionnée en tant que source des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore lorsque c'est raisonnablement possible et qu'elle ne soit pas offensante pour la communauté concernée.

b) *Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent autoriser, conformément au droit et aux pratiques coutumières, l'utilisation sans restriction par tous les membres d'une communauté, y compris tous les ressortissants d'un pays, des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de certaines d'entre elles dûment indiquées.*

[Le commentaire sur l'article 5 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 5 : EXCEPTIONS ET LIMITATIONS

Généralités

De nombreuses parties prenantes ont souligné que toute protection par la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles doit faire l'objet d'un certain nombre de limitations afin que cette protection ne soit pas trop rigide. Il a été suggéré qu'une protection trop stricte peut étouffer la créativité, la liberté artistique et les échanges culturels et se révéler impossible à mettre en œuvre, à surveiller et à appliquer.

En outre, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas empêcher les communautés elles-mêmes d'utiliser, d'échanger et de se transmettre mutuellement les expressions de leur patrimoine culturel de manière traditionnelle et coutumière et de les développer par une recréation et une imitation constantes.

La disposition suggérée propose certaines exceptions et limitations à examiner.

a) L'alinéa a) met en œuvre des objectifs et des principes directeurs généraux liés à la non-ingérence et à l'appui à l'usage et au développement permanents des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par les communautés, alors que l'alinéa b) affirme que ces dispositions s'appliqueraient uniquement aux utilisations "hors site" des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir les utilisations faites en dehors du contexte coutumier ou traditionnel, à des fins commerciales ou non;

b) l'alinéa c) énonce des exceptions tirées des dispositions types de 1982, de la loi type pour les pays insulaires du Pacifique de 2002 et des lois relatives au droit d'auteur en général. Les commentaires suivants ont notamment été reçus :

i) Les limitations et exceptions aux fins de l'enseignement sont courantes dans les législations relatives au droit d'auteur. Alors que celles-ci sont parfois limitées à l'enseignement interpersonnel (comme dans la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique), des limitations et exceptions particulières au droit d'auteur et aux droits connexes pour l'enseignement à distance ont aussi été évoquées⁶⁰. L'expression "enseignement et apprentissage" est utilisée pour l'instant.

ii) Les législations nationales sur le droit d'auteur autorisent parfois les services d'archives, les bibliothèques et autres institutions publiques à réaliser, à des fins non commerciales de préservation uniquement, des reproductions d'œuvres et d'expressions du folklore et à les mettre à la disposition du public⁶¹, possibilité qui est envisagée ici. À cet égard, des contrats adaptés, des inventaires de propriété intellectuelle et d'autres principes directeurs et codes de conduite à l'intention des musées et des services d'archives et

⁶⁰ Voir la proposition du Chili (document SCCR/12/3) sur les "Exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits connexes", examinée à la 12^e session du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) de l'OMPI en novembre 2004.

⁶¹ On en trouve un exemple à l'article 14.1 du titre 2 de la loi du Royaume-Uni sur le droit d'auteur, les dessins et modèles industriels et les brevets.

d'inventaires du patrimoine culturel sont en cours d'élaboration à l'OMPI. Des limitations spécifiques à l'intention des bibliothèques et des services d'archives dans la législation relative au droit d'auteur en général ont aussi été évoquées⁶².

iii) Cela étant, toutes les exceptions relatives au droit d'auteur ne sont pas forcément appropriées, dans la mesure où elles peuvent être contraires à l'intérêt public et aux droits coutumiers – s'agissant par exemple des exceptions au titre de l'utilisation indirecte en vertu desquelles une sculpture ou une œuvre artistique artisanale exposée de manière permanente dans un lieu public peut être reproduite sur une photographie, un dessin ou d'une autre manière sans autorisation. Les exceptions qui seraient offensantes sont exclues.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Les commentaires, relativement peu nombreux, sur cette disposition ont été communiqués par la Colombie, les États-Unis d'Amérique, la République islamique d'Iran, l'Union européenne et ses États membres, et le Conseil Same. Les discussions tenues avec les membres du Comité scientifique de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) ont aussi fait apparaître des difficultés avec l'alinéa c) de la précédente disposition B.6 dans la mesure où une application générale des exceptions et limitations typiques de propriété intellectuelle aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore était considérée comme étant trop imprécise⁶³. La nouvelle formulation vise à répondre à cette préoccupation en apportant davantage de précision, sur la base des dispositions types de 1982, de la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique et des lois relatives au droit d'auteur en général. En revanche, la Colombie a suggéré une déclaration de principe plus générale (renvoyant par exemple à l'intérêt culturel ou à l'existence d'une intention lucrative ou autre), laissant aux États membres le soin d'établir ces exceptions et limitations en fonction de leurs desiderata.

⁶² Voir ci-dessus la proposition du Chili.

⁶³ Discussions avec les membres du Comité scientifique de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle; intervention du Maroc à la septième session du comité (paragraphe 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

ARTICLE 6 :

DURÉE DE LA PROTECTION

La protection de toute expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore doit durer aussi longtemps que cette expression satisfait aux critères de protection indiqués à l'article premier des présentes dispositions, et

i) en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées à l'article 3.a), la protection prévue dans cet alinéa dure aussi longtemps qu'elles font l'objet d'un enregistrement ou d'une notification visé à l'article 7; et

ii) en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, leur protection dure aussi longtemps qu'elles restent secrètes.

[Le commentaire sur l'article 6 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 6 : DURÉE DE LA PROTECTION

Généralités

De nombreux peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent une protection illimitée pour certains aspects au moins des expressions de leurs cultures traditionnelles. Les demandes de protection illimitée sont étroitement liées aux demandes de protection rétroactive (voir ci-après l'article 9 ("Mesures transitoires")). En revanche, le caractère limité de la protection est généralement considéré comme un élément indispensable à l'équilibre du système du droit d'auteur afin que, à terme, les œuvres tombent dans le "domaine public"⁶⁴.

La disposition suggérée, comme le droit des marques, insiste sur l'utilisation actuelle, de sorte que lorsqu'une communauté dont l'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore est caractéristique n'utilise plus celle-ci ou n'existe plus en tant qu'entité distincte (comme dans le cas de l'abandon d'une marque ou d'une marque qui devient générique), la protection de cette expression expire. Cette conception s'inspire de l'essence même de l'objet de la protection, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant pour trait fondamental de caractériser ou d'identifier une communauté (voir plus haut). Lorsqu'une expression culturelle traditionnelle cesse de remplir cette fonction, elle cesse par définition d'être une expression culturelle traditionnelle et sa protection doit donc expirer.

Outre ce principe général, la durée de la protection est expressément indiquée pour deux catégories d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir celles qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification et celles qui sont secrètes, non divulguées ou confidentielles.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Plusieurs interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité et certains commentaires présentés par écrit suggèrent qu'un terme unique couvrant toutes les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore n'est pas adapté et qu'il convient d'envisager l'utilisation de termes différents pour les différentes formes d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁶⁵. En fait, la durée de la protection varie selon les différentes formes de propriété intellectuelle. Cela étant, les œuvres littéraires et artistiques et les interprétations ou exécutions sont généralement protégées pendant la même période, alors que les marques peuvent être protégées pendant une durée potentiellement illimitée. La disposition suggérée fusionne ces conceptions afin de proposer une protection d'une durée potentiellement illimitée pour les trois formes d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sous réserve de nouvelles dispositions spécifiques pour certaines expressions, à savoir celles qui ont fait l'objet d'un enregistrement

⁶⁴ Voir par exemple les commentaires de l'Union européenne et ses États membres.

⁶⁵ Voir par exemple les déclarations du Japon et du Maroc (paragraphe 68 et 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

ou d'une notification et celles qui sont secrètes. Toutefois, cet aspect, de même que l'objet de la disposition dans son ensemble, appellent un complément de réflexion, comme plusieurs participants aux sessions du comité l'ont fait observer⁶⁶.

Plusieurs commentaires suggéraient de supprimer l'alinéa b) de la précédente version B. 7, ce qui a été fait⁶⁷.

Les autres commentaires sur cette disposition émanaient de la Colombie, des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie, de l'Union européenne et de ses États membres, de l'Assemblée des premières nations, de l'Association internationale pour les marques (INTA) et du Conseil Same.

⁶⁶ Voir, par exemple, l'intervention de la République islamique d'Iran à la septième session du comité (paragraphe 78 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.) et les commentaires des États-Unis d'Amérique, de l'Union européenne et de ses États membres et de l'Association internationale pour les marques (INTA). Les discussions qui ont eu lieu au Séminaire de l'OMPI pour la région de l'Asie et du Pacifique sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore tenu à Daejeon (République de Corée) du 11 au 13 octobre 2004 ont aussi fait apparaître la nécessité d'un examen approfondi de cette disposition.

⁶⁷ Voir les commentaires de l'OAPI et de l'Assemblée des premières nations.

ARTICLE 7 :

FORMALITÉS

a) *Par principe, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit être soumise à aucune formalité. Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées à l'article premier sont protégées dès leur création.*

b) *Les mesures de protection de certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière qui se fondent sur les dispositions de l'article 3.a) devraient être subordonnées à une notification ou à un enregistrement effectué auprès d'un service ou d'un organisme compétent par la communauté concernée ou par l'administration visée à l'article 4 agissant à la demande et au nom de la communauté.*

i) *Dans la mesure où cet enregistrement ou notification peut supposer l'enregistrement ou la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées, tout droit de propriété intellectuelle sur cet enregistrement ou fixation doit être conféré ou transmis à la communauté concernée.*

ii) *Il convient de rendre accessibles au public les informations sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification et les représentations de ces expressions au moins dans la mesure nécessaire pour assurer la transparence et la sécurité juridique des tiers en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi protégées et les bénéficiaires de cette protection.*

iii) *Cet enregistrement ou notification est déclaratif et n'est pas constitutif de droits. Pour autant, l'inscription au registre emporte présomption que les faits ainsi consignés sont véridiques, sauf preuve du contraire. L'inscription en soi est sans effet sur les droits des tiers.*

iv) *Le service ou l'organisme qui reçoit les enregistrements ou notifications doit lever toute incertitude ou régler tout litige quant aux communautés, y compris celles implantées dans plusieurs pays, qui sont habilitées à procéder à l'enregistrement ou à la notification ou qui doivent bénéficier de la protection prévue à l'article 2, en recourant dans la mesure du possible au droit et procédures coutumiers, aux modes de règlement extrajudiciaire des litiges et aux ressources culturelles existantes, s'agissant par exemple des inventaires du patrimoine culturel.*

[Le commentaire sur l'article 7 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 7 : FORMALITÉS

Généralités

Il a été suggéré que l'acquisition et le maintien en vigueur de la protection devraient être concrètement applicables, en particulier du point de vue des communautés traditionnelles, et ne pas créer de difficultés administratives excessives pour les titulaires de droits ou les administrateurs⁶⁸. Tout aussi importante est la nécessité, exprimée par plusieurs parties prenantes telles que des chercheurs et d'autres utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'assurer la sécurité et la transparence dans leurs relations avec les communautés.

Il est essentiel de déterminer s'il convient d'octroyer une protection automatique ou de prévoir un enregistrement sous une forme ou une autre :

a) une première possibilité consisterait à exiger une forme quelconque d'enregistrement, éventuellement sous réserve d'un examen quant à la forme ou quant au fond. Un système d'enregistrement peut soit avoir un effet purement déclaratif, la preuve de l'enregistrement permettant de fonder une revendication de titularité, soit être constitutif de droits. Un enregistrement pourrait être utile pour assurer la précision, la transparence et la sécurité quant aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore protégées et quant aux bénéficiaires de cette protection;

b) une deuxième possibilité consisterait à exiger une protection automatique sans formalités, afin que la protection prenne naissance au moment de la création des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, comme dans le droit d'auteur.

La disposition suggérée combine les deux conceptions.

Tout d'abord, l'alinéa a) suggère le principe général selon lequel les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être protégées sans formalité, selon les principes du droit d'auteur, et afin de faciliter au maximum l'obtention de la protection.

Ensuite, une forme d'enregistrement ou de notification est néanmoins proposée pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui bénéficieraient, en vertu de l'article 3.a), de la protection la plus forte.

i) L'enregistrement ou la notification est facultatif et laissé à la discrétion des communautés concernées. L'enregistrement ou la notification n'est pas une obligation; la protection reste disponible en vertu de l'article 3.b) pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore non enregistrées. Il ne serait pas nécessaire d'enregistrer ou de notifier les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes étant donné que celles-ci sont protégées séparément en vertu de l'article 3.c). L'option de l'enregistrement est applicable uniquement dans le cas des communautés qui souhaitent une protection au titre du strict consentement donné en connaissance de cause pour des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont déjà connues et accessibles au public;

⁶⁸ Voir les commentaires de l'Assemblée des premières nations.

ii) la disposition s'inspire globalement des systèmes d'enregistrement du droit d'auteur existants, de la base de données créée aux États-Unis d'Amérique sur les insignes amérindiens⁶⁹, de la loi du Panama de 2000, de la décision n° 351 de la Communauté andine et de la loi péruvienne de 2002 (voir d'une manière générale le document WIPO/GRTKF/IC/7/3 et les documents précédents pour de plus amples informations sur ces instruments);

iii) ce système d'enregistrement ou de notification pourrait être administré par une organisation régionale. L'ARIPO et l'OAPI ont, par exemple, souligné le rôle des organisations régionales dans ce domaine⁷⁰. Si ces dispositions peuvent trouver dans un premier temps une application au niveau national, ce qui suppose l'établissement de registres ou de systèmes de notification nationaux, une forme de registre régional ou international pourrait à terme faire partie d'éventuels systèmes de protection régionaux ou internationaux. Un tel système international de notification ou d'enregistrement pourrait peut être s'inspirer des systèmes existants, tels que l'article 6ter de la Convention de Paris ou le système d'enregistrement prévu à l'article 5 de l'Arrangement de Lisbonne de 1958 concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international;

iv) il est suggéré que l'office ou l'organisation auprès duquel ces enregistrements ou notifications peuvent être effectués, et qui s'efforcerait de régler les litiges, soit différent de l'administration visée à l'article 4⁷¹;

v) il est clairement indiqué que seule est habilitée à enregistrer ou à notifier une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore la communauté qui en revendique la protection, ou, dans les cas où elle n'est pas en mesure de le faire, l'administration visée à l'article 4, agissant à la demande et dans l'intérêt de cette communauté⁷²;

vi) pour le règlement des litiges entre communautés, y compris les communautés implantées dans plusieurs pays, le projet d'article suggère que l'office ou l'organisation chargé de l'enregistrement ait recours dans la mesure du possible aux lois et procédures coutumières et aux modes extrajudiciaires de règlement des litiges. Ces solutions sont suggérées afin d'appliquer autant que possible les objectifs et les principes relatifs au droit coutumier et à la coexistence pacifique entre les communautés. En ce qui concerne la prise en considération des ressources culturelles existantes, l'office ou l'organisation pourrait également se reporter aux inventaires, listes et collections relatifs au patrimoine culturel, tels que ceux établis en vertu de la Convention de l'UNESCO de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Plus généralement, il peut exister des possibilités de créer des synergies entre les inventaires établis ou en cours d'établissement à des fins de préservation du patrimoine culturel (comme ceux que les États parties sont tenus d'établir en vertu de la convention de l'UNESCO susmentionnée) et les types de registres ou de systèmes de notification suggérés ici. Des mesures pourraient être élaborées pour s'assurer que les inventaires, listes et collections relatifs au patrimoine culturel viennent renforcer, appuyer et

⁶⁹ Décrite et débattue dans de précédents documents, par exemple le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁷⁰ Voir l'intervention à la septième session du comité (paragraphe 89 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.) et précédemment.

⁷¹ Voir les commentaires de l'Union européenne et de ses États membres sur la précédente disposition B.9.

⁷² Voir les commentaires du Conseil Same.

faciliter la mise en œuvre des dispositions *sui generis* de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (et des savoirs traditionnels)⁷³. L'OMPI travaille à l'examen de ces questions avec les parties prenantes intéressées;

vii) toutefois, afin que la disposition ne soit pas trop directive, les questions de mise en œuvre pourraient être laissées à la discrétion des législations nationales et régionales. La législation, la réglementation ou les mesures administratives d'habilitation pourraient donner des indications sur les questions suivantes notamment : a) la procédure de présentation des demandes de notification ou d'enregistrement; b) la mesure dans laquelle les demandes sont examinées par l'office chargé de l'enregistrement et à quelles fins; c) les mesures permettant de s'assurer que l'enregistrement ou la notification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est accessible et abordable; d) l'accès du public aux renseignements concernant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification; e) les recours contre l'enregistrement ou la notification d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; f) le règlement par l'office chargé de l'enregistrement des litiges concernant la ou les communautés habilitées à bénéficier de la protection d'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore, y compris en cas de revendications concurrentes émanant de communautés implantées dans plusieurs pays; et g) les effets juridiques de la notification ou de l'enregistrement.

Enregistrement et fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

Le rôle de l'enregistrement et de la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leur lien avec la protection de la propriété intellectuelle ont été longuement examinés dans les documents et publications précédents⁷⁴. En résumé, les discussions précédentes ont fait apparaître certaines préoccupations de propriété intellectuelle concernant les initiatives de documentation. Ainsi, les droits d'auteur et les droits connexes sur les enregistrements et les fixations seraient presque toujours dévolus non aux communautés elles-mêmes mais aux personnes qui se chargent de l'enregistrement ou de la fixation. Ensuite, la fixation et l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, notamment en cas de diffusion sous forme numérisée, rendent ces expressions plus accessibles et largement disponibles, ce qui peut entraver les efforts déployés par les communautés pour les protéger. Pour ces raisons, l'article proposé prévoit que tout droit de propriété intellectuelle sur les enregistrements réalisés en vue de l'inscription au registre soit dévolu aux communautés concernées. En fait, la fixation sur un support matériel d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ne pourraient pas prétendre à la protection sans cela établit de nouveaux droits de propriété intellectuelle sur la fixation et ces droits peuvent être utilisés indirectement pour protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore elles-mêmes (cette stratégie a été par exemple utilisée pour protéger des peintures rupestres antiques)⁷⁵. Il est en outre évident que l'enregistrement et la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont un élément précieux, voire essentiel, des programmes de préservation du patrimoine culturel. L'OMPI entreprend des travaux supplémentaires sur les aspects et les

⁷³ Voir la réunion d'experts de l'UNESCO sur la réalisation d'inventaires du patrimoine culturel immatériel, 17 et 18 mars 2005.

⁷⁴ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/3, par exemple.

⁷⁵ Voir par exemple Janke, 'Unauthorized Reproduction of Rock Art' in *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, OMPI, 2003.

incidences de propriété intellectuelle de l'enregistrement et de la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en coopération avec les autres parties prenantes. La Déclaration de Mataatua de 1993 sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones exhorte notamment ceux-ci à élaborer un code d'éthique que les utilisateurs externes doivent observer lors de l'enregistrement (visuel, audio et par écrit) de leurs savoirs traditionnels et coutumiers⁷⁶.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

La disposition révisée retient la conception de base "zéro formalités" préconisée par beaucoup⁷⁷. D'autres se sont toutefois prononcés contre cette conception, qui appelle une réflexion plus approfondie⁷⁸.

La précédente disposition B.8 qui figurait dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3 prévoyait aussi la possibilité d'une forme d'enregistrement ou de notification. Compte tenu des interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité et des commentaires écrits qui ont été reçus, la proposition révisée suggère de faire de l'enregistrement ou de la notification une condition de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une signification culturelle ou spirituelle particulière et à l'égard desquelles une forte protection fondée sur le consentement préalable en connaissance de cause serait applicable⁷⁹. D'autres modifications ont également été apportées compte tenu des commentaires reçus notamment de la Colombie, de l'Union européenne et de ses États membres, de l'Assemblée des premières nations, de l'Association internationale pour les marques (INTA) et du Conseil Same.

La Colombie a en particulier suggéré de reprendre le libellé des articles 52 et 53 de la décision n°351 de la Communauté andine sur le droit d'auteur et les droits voisins. Le texte suggéré était le suivant : "La protection octroyée aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et aux œuvres dérivées de celles-ci n'est subordonnée à aucune formalité. Par conséquent, l'absence d'enregistrement n'empêche ni la jouissance ni l'exercice des droits reconnus. L'enregistrement est déclaratif et n'est pas constitutif de droits. Pour autant, l'inscription au registre emporte présomption que les faits et actes ainsi consignés sont véridiques, sauf preuve du contraire. L'inscription en soi est sans effet sur les droits des tiers"⁸⁰.

⁷⁶ Article 1.3.

⁷⁷ Voir également les commentaires de la Colombie.

⁷⁸ Commentaires des États-Unis d'Amérique.

⁷⁹ Commentaires de l'Union européenne et de ses États membres et de l'Association internationale pour les marques (INTA).

⁸⁰ Voir les commentaires de la Colombie.

ARTICLE 8 :

SANCTIONS, RECOURS ET EXERCICE DES DROITS

a) Des mécanismes d'exécution et de règlement des litiges, des mesures à la frontière, des sanctions et des moyens de recours accessibles, appropriés et adéquats, y compris des voies de recours pénales et civiles, doivent être prévus en cas de violation de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

b) L'administration visée à l'article 4 doit être chargée, entre autres fonctions, de conseiller et d'aider les communautés en matière d'application des droits et d'intenter des actions civiles, pénales et administratives en leur nom, s'il y a lieu et à leur demande.

[Le commentaire sur l'article 8 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 8 : SANCTIONS, RECOURS ET EXERCICE DES DROITS

Généralités

Cette disposition traite des sanctions et des voies de recours civiles et pénales qui peuvent être prévues pour les atteintes aux droits octroyés.

Les communautés et d'autres entités font valoir que les moyens de recours prévus dans la législation actuelle ne suffisent peut-être pas à empêcher une utilisation illicite des œuvres d'un autochtone titulaire de droits d'auteur ou à justifier l'octroi de dommages-intérêts d'un montant équivalent au préjudice culturel et non économique découlant de cette utilisation illicite. Il a également été indiqué qu'il serait souhaitable de prévoir des modes extrajudiciaires de règlement des litiges dans ce domaine⁸¹.

Les États membres ont souligné la nécessité de disposer d'indications et de données d'expérience concrètes sur les sanctions, les voies de recours et les moyens d'application des droits⁸².

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Certaines modifications ont été apportées à la précédente disposition B.9 figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3, compte tenu des commentaires reçus notamment des États Unis d'Amérique, de la République islamique d'Iran et de l'Union européenne et de ses États membres.

⁸¹ GRULAC (page 9 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), groupe des pays asiatiques (OMPI/GRTKF/IC/2/10), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

⁸² Voir les interventions du Kenya et du Maroc (paragraphe 80 et 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.).

ARTICLE 9 :

MESURES TRANSITOIRES

a) Les présentes dispositions sont applicables à toutes les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui, au moment de l'entrée en vigueur des présentes dispositions, satisfont aux critères énoncés à l'article premier.

b) Les actes à l'égard des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont été entrepris avant l'entrée en vigueur des présentes dispositions et qui ne seraient pas autorisés ou qui seraient régis d'une autre manière par ces dispositions doivent être mis en conformité avec lesdites dispositions dans un délai raisonnable à compter de l'entrée en vigueur des présentes dispositions, sous réserve des droits antérieurs des tiers.

[Le commentaire sur l'article 9 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 9 : MESURES TRANSITOIRES

Généralités

Cette question porte sur le point de savoir si la protection doit avoir un effet rétroactif ou prospectif et, en particulier, sur les mesures à prendre à l'égard d'un usage des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui a légalement commencé avant l'entrée en vigueur des dispositions et continue après cette entrée en vigueur.

Comme de nombreux participants aux sessions du comité l'ont souligné, cette question touche directement à la notion de "domaine public". Il est indiqué dans des documents précédents qu'"une connaissance plus précise du rôle, du cadre et des limites du domaine public est essentielle à l'élaboration d'un cadre général approprié pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore"⁸³. Les participants aux sessions du comité ont indiqué que le domaine public n'est pas une notion reconnue par les peuples autochtones et que, puisque les expressions du folklore au sens strict n'ont jamais été protégées au titre de la propriété intellectuelle, elles ne sauraient être tombées dans un quelconque "domaine public". Selon les termes de tribus Tulalip, "c'est pour cette raison que les peuples autochtones demandent de manière générale la protection des savoirs que le système occidental considère comme faisant partie du "domaine public", estimant que ces savoirs sont et continueront d'être régis par le droit coutumier. Leur présence dans le "domaine public" est due non pas au fait que les mesures nécessaires pour les faire protéger dans le système occidental de propriété intellectuelle n'ont pas été prises mais à l'incapacité des gouvernements et des citoyens de reconnaître et de respecter le droit coutumier régissant leur utilisation"⁸⁴.

Plusieurs options peuvent être relevées dans les lois actuelles, à savoir :

- i) la rétroactivité de la loi, ce qui signifie que toutes les utilisations antérieures, courantes et nouvelles des expressions culturelles traditionnelles seraient soumises à autorisation en vertu de la nouvelle législation ou réglementation;
- ii) la non-rétroactivité de la loi, ce qui signifie que seules les utilisations nouvelles qui n'avaient pas commencé avant l'entrée en vigueur de la législation ou réglementation seraient soumises à autorisation; et
- iii) une solution intermédiaire selon laquelle les utilisations soumises à autorisation en vertu de la législation ou de la réglementation et qui auraient commencé sans autorisation avant l'entrée en vigueur de celle-ci devraient cesser avant l'expiration d'un certain délai (si l'utilisateur n'a pas obtenu entre temps l'autorisation requise).

Les systèmes et modèles *sui generis* existants soit ne traitent pas cette question, soit prévoient uniquement une application prospective. La loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique suit toutefois d'une manière générale la solution intermédiaire décrite ci-dessus.

⁸³ Voir par exemple le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et les documents suivants.

⁸⁴ Déclaration à la cinquième session du comité, également disponible à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>.

Cette solution intermédiaire est celle retenue dans le projet de dispositions. Elle s'inspire notamment de la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique ainsi que du libellé de l'article 18 de la Convention de Berne de 1971 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Cette disposition a été révisée compte tenu des déclarations concernant le “domaine public” faites lors des précédentes sessions du comité, des déclarations faites à la septième session notamment par la Nouvelle-Zélande et M. Maui Solomon⁸⁵, et des commentaires reçus en particulier des États-Unis d'Amérique, de la République islamique d'Iran, de l'Union européenne et de ses États membres, de l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), de l'Association internationale pour les marques (INTA) et du Conseil Same. Certains commentaires appelaient l'attention sur la complexité de ces questions et préconisaient une réflexion plus approfondie de la part du comité.

⁸⁵ Paragraphe 70 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.

ARTICLE 10 :

LIEN AVEC LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
ET D'AUTRES FORMES DE PROTECTION, DE PRÉSERVATION
ET DE PROMOTION

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore prévue par les présentes dispositions complète sans la remplacer la protection applicable aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et aux dérivés de ces expressions en vertu des lois de propriété intellectuelle, des lois et programmes de sauvegarde, de préservation et de promotion du patrimoine culturel et des autres mesures, juridiques ou non, de protection et de préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

[Le commentaire sur l'article 10 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 10 : LIEN AVEC LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
ET D'AUTRES FORMES DE PROTECTION, DE PRÉSERVATION
ET DE PROMOTIONGénéralités*Lien avec les législations de propriété intellectuelle*

Les présentes dispositions visent à prévoir des formes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui n'existent pas encore dans les législations classiques de propriété intellectuelle.

Il a précédemment été indiqué que toute protection spécifique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit être compatible avec l'acquisition de la protection prévue par d'autres lois de propriété intellectuelle. Il a également été rappelé qu'on peut répondre à un certain nombre, voire à un grand nombre, des besoins et des préoccupations des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles et de leurs membres par l'application des systèmes actuels de propriété intellectuelle, notamment par des extensions ou adaptations appropriées de ces systèmes. Par exemple :

- a) les législations en matière de droit d'auteur et de dessins et modèles industriels peuvent protéger les adaptations et interprétations contemporaines d'objets préexistants, même si celles-ci s'inscrivent dans un contexte traditionnel;
- b) la législation en matière de droit d'auteur peut protéger les œuvres non publiées dont l'auteur est inconnu;
- c) le droit de suite, qui fait partie du droit d'auteur, permet aux auteurs d'œuvres d'art de percevoir un avantage économique des ventes successives de leurs œuvres;
- d) les interprétations et exécutions d'expressions du folklore peuvent être protégées en vertu du Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT);
- e) les signes, symboles et emblèmes traditionnels peuvent être enregistrés comme marques;
- f) les noms géographiques traditionnels et les appellations d'origine peuvent être enregistrés comme indications géographiques; et
- g) le caractère distinctif et la renommée des biens et services traditionnels peuvent être protégés contre la substitution de produits dans le cadre des lois sur la concurrence déloyale ou par l'utilisation de la certification et des marques collectives.

Lien avec des mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle

Il a été également abondamment observé qu'une protection complète peut impliquer toute une gamme d'outils exclusifs et non exclusifs, dont certains ne relèvent pas de la propriété intellectuelle. Parmi ces derniers, les instruments suivants peuvent se révéler pertinents et utiles : lois relatives aux pratiques commerciales et à la commercialisation; au respect de la vie privée et au droit à l'image; à la diffamation; aux contrats et licences; aux registres, inventaires et bases de données sur le patrimoine culturel; aux lois et protocoles coutumiers indigènes; aux lois et programmes sur la préservation et la promotion du

patrimoine culturel⁸⁶; et aux programmes de promotion et de développement de l'artisanat. Il conviendrait en particulier, comme certains participants aux sessions du comité l'ont suggéré, d'explorer de manière plus approfondie les possibilités de synergie entre la Convention de l'UNESCO de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et les présentes dispositions.

Les dispositions suggérées ne visent pas à remplacer ces mesures et programmes qui ne relèvent pas de la propriété intellectuelle. Ces conceptions et approches reposant les unes sur la propriété intellectuelle et les autres non ne s'excluent pas mutuellement et peuvent toutes jouer, ensemble, un rôle dans une approche exhaustive de la protection⁸⁷.

Elles visent à compléter les lois et les mesures relatives à la préservation et à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et à être appliquées en association avec ces lois et ces mesures. Dans certains cas, les mesures, les institutions et les programmes existants en ce qui concerne le patrimoine culturel pourraient servir à étayer ces principes, ce qui permettrait d'éviter la répétition inutile d'activités et l'utilisation des ressources à des fins identiques. Le choix des modalités et méthodes adoptées dépendra aussi de la nature des expressions culturelles traditionnelles à protéger, et des objectifs de politique générale visés.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

La précédente disposition B.11 a été modifiée afin de tenir compte des mesures non juridiques et non liées à la propriété intellectuelle, comme l'ont suggéré plusieurs participants aux sessions du comité. La proposition révisée suit désormais plus fidèlement la disposition correspondante figurant dans les dispositions types de 1982. D'une manière plus générale, des commentaires sur cette disposition ont été reçus, notamment, des États-Unis d'Amérique, de l'ex-République yougoslave de Macédoine, de la Fédération de Russie, de l'Union européenne et de ses États membres, de l'Association internationale pour les marques (INTA) et du Conseil Same.

⁸⁶ Les commentaires de l'ex-République yougoslave de Macédoine contiennent notamment des informations sur les lois et programmes de ce pays concernant le patrimoine culturel.

⁸⁷ Voir également les commentaires de la Nouvelle-Zélande sur le document WIPO/GRTKF/IC/7/3.

ARTICLE 11 :

PROTECTION INTERNATIONALE ET PROTECTION RÉGIONALE

Les droits et avantages découlant de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en vertu de mesures ou de lois nationales donnant effet aux présentes dispositions internationales doivent être octroyés à tous les bénéficiaires remplissant les conditions requises qui sont ressortissant d'un pays ou qui y résident de manière permanente conformément aux obligations ou engagements internationaux. Les bénéficiaires étrangers qui remplissent les conditions requises jouissent des mêmes droits et avantages que les bénéficiaires qui sont ressortissants du pays de la protection, ainsi que des droits et avantages spécialement prévus par les présentes dispositions internationales.

[Le commentaire sur l'article 11 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 11 : PROTECTION INTERNATIONALE ET PROTECTION RÉGIONALE

Généralités

Cette disposition traite de la question technique de la reconnaissance dans les législations nationales des droits et intérêts des titulaires étrangers de droits sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. En d'autres termes, il s'agit des conditions et des circonstances dans lesquelles les titulaires de droits étrangers peuvent accéder aux systèmes de protection nationaux et du niveau de protection disponible pour les titulaires de droits étrangers. Cette question est examinée de manière plus approfondie dans le document WIPO/GRTKF/IC/8/6. Pour l'heure, et *uniquement comme point de départ pour les discussions*, une disposition fondée d'une manière générale sur le traitement national tel qu'il est prévu à l'article 5 de la Convention de Berne a été insérée aux fins d'un complément d'examen et d'analyse.

D'une manière générale, mais en aucun cas exclusive, la question de la reconnaissance dans les législations nationales des droits et intérêts des titulaires de droits étrangers sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore a été réglée dans le domaine de la propriété intellectuelle par la notion de "traitement national", bien que ce principe puisse souffrir d'importantes exceptions et limitations. Le traitement national peut être défini comme le principe consistant à accorder aux titulaires étrangers la même protection que celle dont bénéficient les nationaux, ou *au moins* la même forme de protection. Par exemple :

a) la Convention de Berne prévoit en son article 5 que "1) [L]es auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention" et que "[L]a protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux";

b) La Convention de Rome de 1961 prévoit ce qui suit en ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants : "Aux fins de la présente Convention, on entend, par traitement national, le traitement que l'État contractant sur le territoire duquel la protection est demandée accorde, en vertu de sa législation nationale : a) aux artistes interprètes ou exécutants, qui sont ses ressortissants, pour les exécutions qui ont lieu, sont fixées pour la première fois, ou sont radiodiffusées, sur son territoire; ... Le traitement national sera accordé, compte tenu de la protection expressément garantie et des limitations expressément prévues dans la présente Convention" (article 2); et

c) Le WPPT de 1996 porte ce qui suit : "Chaque Partie contractante accorde aux ressortissants d'autres Parties contractantes, au sens de l'article 3.2), le traitement qu'elle accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne les droits exclusifs expressément reconnus dans le présent traité et le droit à rémunération équitable prévu à l'article 15 de ce traité".

D'autres mécanismes juridiques internationaux ont été utilisés à la place ou en complément du principe de traitement national pour reconnaître les droits de propriété intellectuelle des ressortissants étrangers. En vertu du principe de "réciprocité" (ou de reconnaissance réciproque), un pays peut octroyer une protection aux ressortissants d'un autre pays si celui-ci protège également les ressortissants du premier pays; la durée et la nature de la protection peuvent aussi être déterminées selon le même principe. Dans un système fondé sur la "reconnaissance mutuelle", un droit reconnu dans un pays est reconnu dans un autre en vertu d'un accord conclu entre ces deux pays. "L'assimilation" du fait de la domiciliation est un autre mécanisme permettant d'ouvrir l'accès de certaines nationalités au système national. Ainsi, l'article 3.2) de la Convention de Berne prévoit que les auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'union [de Berne] mais ayant leur résidence habituelle dans l'un de ceux-ci sont, pour l'application de la convention, assimilés aux auteurs ressortissant audit pays.

La reconnaissance des droits des titulaires étrangers peut également être assurée au moyen du principe de la "nation la plus favorisée". L'Accord sur les ADPIC prévoit (sous réserve de certaines exceptions) que "[e]n ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre [de l'OMC] aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres".

Si le traitement national semble constituer, compte tenu de l'expérience acquise dans le domaine de la propriété intellectuelle, un point de départ approprié, la nature même des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et les formes *sui generis* de protection préconisées par de nombreux participants aux sessions du comité militent en faveur de l'adoption en complément de certaines exceptions et limitations ou d'autres principes tels que la reconnaissance mutuelle, la réciprocité et l'assimilation, notamment lorsqu'il s'agit du statut juridique et des lois coutumières des bénéficiaires de la protection. C'est pourquoi l'article 2 des dispositions suggérées indique que les bénéficiaires de la protection seraient les communautés qui, "conformément à leurs droits et pratiques coutumiers, sont chargées de la garde, du soin et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore". Selon une conception stricte du traitement national, un tribunal du pays de la protection aurait recours à ses propres lois, y compris les lois coutumières, pour déterminer si une communauté étrangère remplit les conditions requises pour bénéficier de la protection. Cette situation peut ne pas être satisfaisante du point de vue de la communauté, qui souhaiterait normalement que l'on se réfère à ses propres lois coutumières. En vertu des principes de reconnaissance mutuelle et d'assimilation, un tribunal du pays de la protection pourrait accepter qu'une communauté du pays d'origine des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore jouisse de la capacité juridique d'intenter une action dans ledit pays en tant que bénéficiaire de la protection dans la mesure où elle jouit de cette capacité dans le pays d'origine. Ainsi, si le traitement national peut être adapté d'une manière générale, il est possible que le principe de reconnaissance mutuelle, par exemple, soit plus indiqué pour répondre à certaines questions, telles que la capacité juridique.

La protection des titulaires de droits étrangers sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est néanmoins une question complexe, comme l'ont souligné les participants aux sessions du comité. La délégation de l'Égypte a par exemple fait la déclaration suivante à la septième session : "Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore font souvent partie du patrimoine culturel commun des pays. Leur protection régionale et internationale constitue donc une question complexe qui mérite d'être examinée avec attention. Les pays doivent donc se consulter avant d'adopter toute mesure

juridique dans ce domaine”⁸⁸. Le Maroc a souligné la nécessité d’une “consultation plus large avec toutes les parties intéressés avant l’établissement de mécanismes de protection juridique”⁸⁹. Compte tenu de cette complexité, les délibérations du comité ont jusqu’ici donné peu d’indications concrètes sur cette question technique et les législations nationales *sui generis* sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore soit ne protègent pas du tout les titulaires de droits étrangers, soit prévoient une combinaison de principes.

C’est pourquoi, une disposition fondée d’une manière générale sur le traitement national prévu à l’article 5 de la Convention de Berne est proposée dans un premier temps aux fins de poursuite de l’examen et de l’analyse.

Si le comité le souhaite, de nouvelles versions de ces dispositions pourraient explorer de manière plus approfondie les dispositions techniques figurant dans les instruments internationaux, comme celles traitant des points d’attache, de l’assimilation, de la protection dans le pays d’origine et de l’indépendance de la protection. Elles pourraient également approfondir la question du “folklore régional” et le lien concret entre la dimension internationale et le système proposé d’enregistrement ou de notification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (voir les articles 3.a) et 7 ci-dessus). Ainsi qu’il est indiqué dans le commentaire sur ces articles, il est question pour l’instant de registres nationaux, mais on pourrait envisager à terme l’établissement de registres régionaux ou internationaux, en s’inspirant, par exemple, de l’article 6^{ter} de la Convention de Paris ou du système d’enregistrement prévu à l’article 5 de l’Arrangement de Lisbonne de 1958 concernant la protection des appellations d’origine et leur enregistrement international.

Commentaires reçus sur la précédente version de cette disposition (WIPO/GRTKF/IC/7/3)

Comme cela a déjà été indiqué, il ressort de plusieurs des interventions qui ont eu lieu à la septième session du comité et des commentaires reçus qu’il s’agit d’une question complexe méritant une attention particulière. On trouve peu de propositions concrètes sur cette question technique.

[Fin de l’annexe et du document]

⁸⁸ Paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.

⁸⁹ Paragraphe 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.